

القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي

د. محمد الزحيلي

الأستاذ بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت (سابقاً)

الطبعة الثانية

2004

فهرسة مكتبة الكويت الوطنية

الزحيلي، محمد

القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي / محمد الزحيلي - الطبعة الثانية

1420هـ / 1999م - الكويت : جامعة الكويت ، 1999 م .

ص 741 ؛ 24 × 17 سم

ردمك : 2 - 031 - 1 - 99906

1 - الفقه الإسلامي . 2 - القواعد الفقهية . 3 - مصادر التشريع الإسلامي .

4 - المذهب الحنفي . 5 - المذهب الشافعي . أ - العنوان .

ديوي 251.6

ردمك : 2 - 031 - 1 - 99906 ISBN

جميع الحقوق محفوظة

لجنة التأليف والتعريب والنشر - جامعة الكويت

ص.ب : 28301 الصفاة - الرمز البريدي 13144 دولة الكويت

تلفون : 4811375 (00 965) - تلفون وفاكس : 4843185 (00 965)

All rights reserved to

Authorship Translation & Publication Committee, Kuwait University

P.O.Box: 28301 Safat, Code No. 13144, State of Kuwait

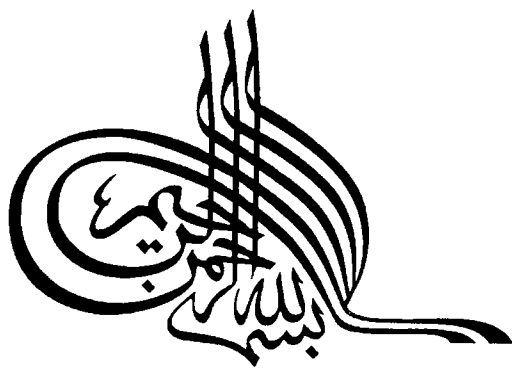
Tel.: (00 965) 4811375 - Tel. & Fax : (00965) 4843185

e-mail:atpc@kuc01.kuniv.edu.kw - http:www.pubcouncil.kuniv.edu.kw/atpc

ردمك : 2 - 031 - 1 - 99906

إصدارات مجلس النشر العلمي

مجلة العلوم	العربية ١٩٧٥، لجنة التأليف	الإنسانية ١٩٨١، مجلة
الاجتماعية ١٩٧٣، مجلة	والتعريب والنشر ١٩٧٦، مجلة	الشريعة والدراسات
الكويت للعلوم	الحقوق ١٩٧٧، حوليات الآداب	الإسلامية ١٩٨٣، المجلة
والهندسة ١٩٧٤، مجلة دراسات	والعلوم الاجتماعية ١٩٨٠،	التربوية ١٩٨٣، المجلة
الخليج والجزيرة	المجلة العربية للعلوم	العربية للعلوم الإدارية ١٩٩١ .



تقديم

الحمد لله حق حمده ، الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات ،
الحمد لله رب العالمين الذي خلق الإنسان ، علمه البيان ، وقال : ﴿ وفوق
كل ذي علم عليم ﴾ يوسف / ٧٦ ، وقال : ﴿ وقل رب زدني علماً ﴾
طه / ١١٤ .

والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ ، معلم الناس الخير ، ومنقذ
البشرية ، وهادي الإنسانية ، المبعوث رحمة للعالمين .

اللهم علمنا ما ينفعنا ، وانفعنا بما علمتنا ، وزدنا علماً ، واجعلنا
من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه ، ومن الذين إذا أحسنوا
استبشروا ، وإذا أسأؤوا استغفروا ، ومن الذين ورد فيهم قوله تعالى :
﴿ ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً وقال إنني من
المسلمين ﴾ فصلت / ٣٣ .

وبعد :

فإن علم الفقه من أشرف العلوم ، وفيه معرفة الحلال والحرام ،
ويتبلور فيه تطبيق الشريعة ، وأحكام الله تعالى في الحياة ، ولذلك قال
فيه رسول ﷺ : « من يُرد الله به خيراً يفقهه في الدين »^(١) ، ولذلك

(١) رواه الإمام أحمد في المسند (٣/ ٩٤ ، ١/ ٣٠٦) ، والبخاري (١/ ٣٨) ، ومسلم
(٧/ ١٢٨) عن معاوية رضي الله عنه مرفوعاً .

انكب عليه الصحابة والتابعون ، ثم الأئمة المجتهدون ، حتى نشأت المذاهب ، وانتشرت ، وشاعت ، وكثر العلماء فيه ، وانبرى المفتون للإفتاء في بيان حكم الله تعالى للناس في جميع شؤون الحياة ، لتحقيق أهداف الشريعة ومقاصدها ، وتأمين الخير والسعادة والراحة والعدل في الدنيا قبل الآخرة .

ومن ضمن التأليف في علم الفقه ، والتحصيل فيه ، والتخصص به ، نشأ علم قواعد الفقه ، وهو فن عظيم ، تجمع فيه الأحكام الفرعية العديدة ، والمسائل الجزئية المتناثرة في عبارات وجيزة ، وجمل مصقولة ، وتراكيب عامة وشاملة ، تضبط علم الفقه ، وتنسق أحكامه وعلمه ، وتقربه للأذهان ، وتجعله سهل الحفظ والضبط ، وتبعده عن النسيان ، وتساعد في تكوين الملكة الفقهية ، فكان الاعتناء بالقواعد الفقهية محل الإجلال والاحترام ، بل والمنافسة في وجوه الخير ، فصنفت فيه المؤلفات العدة في كل مذهب ، وظهر مع مرور الأيام أهمية علم القواعد ، والتأليف فيه ، حتى تبوأ مرحلة التنظيم والتقنين ، ثم تضافرت الجهود لإنشاء أعظم موسوعة للقواعد باسم «معلّمة القواعد الفقهية» ، وتقرر تدريس القواعد الفقهية في الكليات والدراسات العليا .

مشكلة البحث :

إن وضع القواعد أولاً ، والتأليف فيها ثانياً ، ودراستها وتدريسها ثالثاً ، وشرحها ووضع الأمثلة والتطبيقات لها ، والاستثناءات رابعاً ، كانت تعتمد على المنهج المذهبي ، وتقتصر على نطاق مذهب واحد ، من المذاهب الفقهية العديدة ، وكنا نجد الصعوبة والمتاعب عند التدريس

والاعتماد على كتاب ومذهب ، وتكثر الأسئلة والاستفسارات عن قواعد المذهب الآخر ، وفروعه وأحكامه .

هدف البحث:

أردت أن أجمع بين أهم قواعد المذهب الحنفي ، وأهم قواعد المذهب الشافعي ، في كتاب واحد ، فعزمت على تصنيف هذا الكتاب ، لأضع القاعدة الفقهية ، وبيان أحكامها وفروعها من المذهبين ، بقدر الإمكان ، وهما المذهبان اللذان يكثر انتشارهما في البلاد العربية ، ويكثر اجتماعهما في معظم المدن والأقطار ، وتكثر فيهما المؤلفات في القواعد .

وإن جمع التطبيقات من المذهبين يحقق منفعة مهمة للقاعدة فيدل على عمومها وشمولها وقبولها ، مع بيان فروعها في كتب الفقه المتنوعة وأبوابه المختلفة في المذهبين .

واعتمدت في ذلك على الكتب القديمة ، وهي كتب القواعد والأشباه والنظائر في المذهبين ، كما اعتمدت على ثلاثة كتب معاصرة ، وهي :

- ١ - شرح القواعد الفقهية ، للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا^(١) .
- ٢ - القواعد الفقهية للأستاذ عزت عبيد الدعاس ، وفيها ترتيب للقواعد ، وتقسيما إلى قواعد أساسية ، وقواعد متفرعة عنها .

(١) أضاف الأستاذ العلامة مصطفى الزرقا - نجل المؤلف - ٣١ قاعدة ، في نهاية كتاب والده ، ورتبها بحسب حروف المعجم ، وهي مستلة من كتابه «المدخل الفقهي العام» .

وهذان مختصان بقواعد «مجلة الأحكام العدلية» المأخوذة من المذهب الحنفي ، وعددها ٩٩ قاعدة حصراً ، مع أمثلتها وأحكامها ووردت فيهما بعض القواعد الكلية عرضاً في الشرح ، فتضاف إلى القواعد السابقة ، وهي في مجملها مستمدة من «الأشباه والنظائر» لابن نجيم الحنفي .

٣ - إيضاح القواعد الفقهية للشيخ عبدالله بن سعيد محمد عبادي اللحجي الحَضْرَمي الشحاري .

وقد اقتبس اللحجي قواعده من كتاب «الأشباه والنظائر في الفقه الشافعي» للسيوطي ، مع أمثلتها ، وقام الفقيه عبدالله بن سليمان الجرّهزي اليمني الزبيدي (١٢٠١هـ) وشرح منظومة في القواعد ، فاعتمد اللحجي على كتاب السيوطي ، وشرح الجرّهزي ، وهو المقصود عنده باصطلاح الشارح^(١) ، وذكر الأمثلة والأحكام والفروع والمسائل في المذهب الشافعي حصراً ، وقمت بالجمع بين المذهبين ، ونقلت العبارات مع التصرف ، وزيادات قليلة ، وتعديلات طفيفة إذا احتاج الأمر .

منهج البحث:

١ - وضعت القاعدة الفقهية في الأول ، ثم كتبت الألفاظ الأخرى إن وجدت ، فإن اتفقت العبارة في إيراد القاعدة فقد حصل المقصود ، ثم قمت بتوضيح معنى القاعدة ، وبيان المقصود منها ، وتحديد المراد من ألفاظها بشكل عام ومشترك ، مع بيان الأدلة ومستند

(١) وهذا اصطلاح المؤلف عند ذكره كلمة الشارح ، وهو المقصود بالإشارة إليه .

القاعدة ، ثم ذكرت جميع الأمثلة الواردة في كتاب ، أو اثنين ، أو ثلاثة ، ثم أثبتت الاستثناء كذلك ، مع بيان المرجع لكل فرع أو مسألة أو مثال من المصدر الذي أخذ منه لتحديد المذهب لكل فرع ، ثم أضع في الأخير مرجع القاعدة من سائر الكتب والمصادر .

٢ - اقتصررت غالباً على بعض الأمثلة والتطبيقات والأدلة ، وأثبتت في نهاية كل مثال المصدر الذي أخذ منه ، وذلك في الصلب وليس في الهامش ، لمساعدة القارئ في المتابعة حتى لا يتشتت نظره ، وفي نهاية التوضيح والأمثلة ، والتطبيقات والمستثنى أحدد مصادر الشرح والتطبيق والاستثناء أيضاً .

٣ - نظراً لأثر «مجلة الأحكام العدلية» العظيم على تقنين القواعد وتنظيمها في مواد ، حتى تبعها في ذلك عدد من القوانين المعاصرة ، واختارت ٩٩ قاعدة في ٩٩ مادة ، ولأن المجلة أول تقنين وتنظيم معاصر للفقه الإسلامي فقد أحلنا إلى قواعد المجلة خاصة ، ومواد المجلة عامة ، ووضعنا الإحالة بين قوسين (م/) .

٤ - اكتفيت بعزو الآيات إلى السورة ورقم الآية ، ثم بعزو الأحاديث إلى من خرَّجها من أصحاب الصحاح والسنن والمسانيد ، مع الإحالة التفصيلية للجزء والصفحة .

٥ - إن القواعد الخمس الرئيسة متفقة بين المذهبين الحنفي والشافعي ، وكذا المذهب المالكي والحنبلي ، مع اختلاف أحياناً في الفروع

والمسائل والجزئيات التي تدخل تحتها ، ولذلك جاءت هذه القواعد في الأول .

٦ - إن القواعد الكلية الأربعين عند السيوطي يتفق بعضها مع قواعد المجلة ، فكنت أجمع بينها في الشرح والتطبيق والاستثناء مع تحديد المرجع والمصدر ، لتحديد الحكم من المذهبين أو من أحدهما .

٧ - انفرد كل مذهب ببعض القواعد الفقهية الكلية ، ولكن كثيراً من هذه القواعد تتفق في مضمونها ومدلولها ومعظم تطبيقاتها مع المذهب الثاني ، وخاصة القواعد التي انفردت بها المجلة ، مثل قاعدة «المرء مؤاخذ بإقراره» (م/٧٩) ، وقاعدة «الثابت بالبرهان كالثابت بالبيان» (م/٧٥) ، وقاعدة «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» (م/٧٥) ، وقاعدة «البينة حجة متعدية ، والإقرار حجة قاصرة» (م/٧٨) ، وقاعدة «البينة لإثبات خلاف الظاهر ، واليمين لإبقاء الأصل» (م/٧٧) ، وقاعدة «لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم» (م/٨٠) ، وقاعدة «جناية العجماء جُبار» (م/٩٤) ، وقاعدة «الغُرم بالغُنم» (م/٨٠) ، وقاعدة «إذا تعدّر إعمال الكلام يهمل» وغيرها فإنها ثابتة في المذهب الشافعي .

وكذلك القواعد التي انفرد بها المذهب الشافعي تتفق في مضمونها وأحكامها مع المذهب الحنفي ، ولذلك نص عليها ابن نجيم في «الأشباه والنظائر» وأشرت إليها .

ولذلك كانت دراسة بعض القواعد في مذهب واحد ، مع أنها متفق عليها ، تدل على الطابع الخاص لدراسة قواعد كل مذهب ،

فقواعد الحنفية - هنا - أكثرها من مجلة الأحكام العدلية المختصة بالمعاملات المالية والإثبات ، أما قواعد الشافعية الخاصة فأكثرها في العبادات وبعضها في أبواب الفقه الأخرى ، وبعضها مختلف فيه في التطبيقات والفروع في المذهب الشافعي نفسه ، كما سنرى .

٨ - أثبتت الفوائد والتنبيهات الواردة في نهاية القاعدة المتصلة بها ، وذلك لأهميتها ، وفائدتها ، وما فيها من علم ، ثم وضعت عناوين جانبية لكثير من التنبيهات والفوائد التي وردت بعد القواعد ؛ ليعرف القارئ مضمون التنبيه من عنوانه .

٩ - كنت أود حذف جميع الأمثلة التي تتعلق بالعبيد والرق والعق ، لعدم وجود تطبيق عملي لها في الحياة ، وإلغاء الرق عالمياً ، ولكن اضطررت لذكر أقل قدر من ذلك لأنها واردة في المراجع السابقة من جهة ، ولتعلق القاعدة بها من جهة ثانية ، ولوجودها في كتب الفقه الأصلية من جهة ثالثة .

خطة البحث:

وضعت تمهيداً لتعريف القواعد ، ونشأتها ، وأهميتها ، ومصادرها ، وأهم كتب القواعد في المذاهب الفقهية الأربعة ، واهتمام المجلة والعلماء بالقواعد في عصرنا الحاضر .

ثم خصصت القواعد الخمس بباب مستقل مع بيان القواعد المتفرعة عنها ، ثم ذكرت القواعد الكلية المتفق عليها في المذهبين الحنفي والشافعي ، ثم القواعد الكلية الواردة في المذهب الحنفي ، ثم

القواعد الكلية الواردة في المذهب الشافعي حصراً ، ثم القواعد المختلف فيها في المذهب الشافعي ، ولذلك جاء الكتاب في باب تمهيدي ، وخمسة أبواب ، كما يلي :

الباب التمهيدي : في تعريف القواعد الفقهية وفوائدها وأهميتها وكتبتها .
الباب الأول : في القواعد الخمس الرئيسية وما يتفرع عنها من قواعد .
الباب الثاني : في القواعد الكلية المتفق عليها في المذهبين الحنفي والشافعي .

الباب الثالث : في القواعد الفقهية التي وردت في المذهب الحنفي .
الباب الرابع : في القواعد الفقهية الواردة في المذهب الشافعي .
الباب الخامس : في القواعد المختلف فيها في المذهب الشافعي .
الخاتمة .

واسأل الله تعالى التوفيق والسداد والقبول ، وأن يحقق النفع بما سعيت وكتبت ، وأن يتقبله منا ، وأن يجعله في ميزان الحسنات ، في يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على حبيبنا المصطفى ، ونبينا المجتبي ، وأهل بيته ، وعلى صحابته الغر الميامين أجمعين .

الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي

الأستاذ بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

بكلية الشريعة والدراسة الإسلامية

بجامعة الكويت

الباب التمهيدي
تعريف القواعد الفقهية
وفوائدها وأهم كتبها

الباب التمهيدي

تعريف القواعد الفقهية وفوائدها وأهم كتبها

أولاً: نبذة تاريخية عن ظهور القواعد الفقهية:

بدأ التشريع الإسلامي في العهد النبوي ، ومع نزول القرآن الكريم ، وبيانه في السنة النبوية ، لمعرفة أحكام الشرع في جميع شؤون الحياة . ثم بدأت الحركة الفقهية بالظهور بعد وفاة النبي ﷺ ، وقام الصحابة والتابعون ، ومن بعدهم الأئمة والمجتهدون والعلماء والفقهاء باستنباط الأحكام الفقهية من المصادر الشرعية ، وشمروا عن سواعدهم لاستخراج حكم المسائل والقضايا من الكتاب الكريم ، والسنة الشريفة ، والاجتهاد بواسطة بقية المصادر ، لاعتقادهم أن لكل قضية أو أمر من أمور الدنيا حكماً لله تعالى ، وأنهم المكلفون ببيان هذه الأحكام ، ومسؤولون أمام الله تعالى عن ذلك .

فإذا حدث أمر ، أو طرأت حادثة ، أو أثيرت قضية ، أو وقع نزاع ، أو استجد بحث ، رجع الناس والحكام إلى العلماء والفقهاء والمجتهدين لمعرفة حكم الله تعالى في ذلك ، وأحسن العلماء بواجبهم نحو هذه الأمانة والمسؤولية الملقاة على عاتقهم ، فنظروا في كتاب الله ، فإن وجدوا فيه نصاً صريحاً بينوه للناس ، وإن لم يجدوا رجعوا إلى السنة دراسة وبحثاً وسؤالاً ، فإن وجدوا فيها ضالتهم المنشودة أعلنوها ووقفوا عندها ، وإن لم يجدوا نصاً في كتاب ولا سنة شرعوا في الاجتهاد وبذل الجهد والنظر في الكتاب والسنة وما يتضمنان من قواعد مجملة ، ومبادئ

عامة ، وأحكام أصيلة ، ومن إحالة صريحة أو ضمنية إلى المصادر الشرعية الأخرى ، ويعملون عقولهم في فهم النصوص وتفسيرها ، وتحقيق مقاصد الشريعة ، وأهدافها العامة ، ليصلوا من وراء ذلك إلى استنباط الأحكام الفقهية وبيان الحلال والحرام ، ومعرفة حكم الله تعالى .

وتكوّن من عملهم مجموعة ضخمة من الأحكام الشرعية والفروع الفقهية ، وقاموا بواجبهم أحسن قيام في مسيرة التطور ، ومواكبة الفتوح ، ورسم المنهج الإلهي في حياة الفرد والمجتمع والدولة ، لتبقى مستظلة بالأحكام الشرعية في كل صغيرة أو كبيرة .

ويظهر من ذلك أن الفقه الإسلامي بدأ من الفروع والجزئيات ، واستمر على هذا المنوال طوال القرن الهجري الأول ، وظهر خلال القرن الثاني عوامل جديدة ، وطرق مختلفة ، وتطورات ملموسة ، منها ظهور الفقه الافتراضي الذي اتجه إلى مسابقة الزمن ، واستباق الحوادث ، وافتراض القضايا ، وما يستجد من المسائل ، لبيان أحكامها الشرعية ، كما ظهر أئمة المذاهب الذين دونوا أحكامهم ، وتميزت اجتهاداتهم ، وتحددت قواعدهم وأصولهم في الاستنباط والاجتهاد ، واستقل كل مذهب بمنهج معين في بيان الأحكام ، معتمدين على القواعد والأصول التي يسيرون عليها .

وهنا برزت للوجود ثلاثة أنواع من القواعد ، وهي :

١ - قواعد الاستنباط والاجتهاد ، وهي السبل التي يعتمد عليها المجتهد ، ويستعين بها في معرفة الاحكام من المصادر ، وهي قواعد علم أصول الفقه .

٢ - قواعد التخريج ؛ التي وضعها العلماء لرواية الأحاديث ، وتدوين السنة ، وضبط الروايات ، وقبول الأسانيد ، والحكم عليها بالصحة أو الضعف ، والجرح والتعديل ، للاعتماد على الصحيح في الاجتهاد والاستنباط ، وترك الضعيف ، وتجنب الواهي ، والحذر من الموضوع ، وهذه القواعد هي : مصطلح الحديث ، أو أصول الحديث ، أو قواعد التحديث .

٣ - قواعد الأحكام ، وهي القواعد التي صاغها العلماء ، وبخاصة أتباع الأئمة ومجتهدو المذاهب ، لجمع الأحكام المتماثلة ، والمسائل المتناظرة ، وبيان أوجه الشبه بينها ، ثم ربطها في عقد منظوم ، يجمع شتاتها ، ويؤلف بين أجزائها ، ويقيم صلة القرى في أطرافها ، لتصبح عائلة واحدة ، وأسرة متضامنة ، وهي القواعد الكلية في الفقه الإسلامي ، أو القواعد الفقهية^(١) .

يحدثنا الإمام القرافي عن وجود هذه القواعد فيقول : «إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع ، وأصولها قسمان :

أحدهما : المسمى بأصول الفقه ، وهي في غالب أمره ليس فيها إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية ، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ، ونحو : الأمر للوجوب ، والنهي للتحريم . . . إلخ .

والقسم الثاني : قواعد كلية جلية ، كثيرة العدد ، عظيمة المدد ، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، الدكتور مصطفى شلبي ص ٢٣٠ - ٢٣١ .

ما لا يحصى ، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه ، وإن كان يشار إليها هناك على سبيل الإجمال ، ويبقى تفصيله لم يتحصل . . .» (١) .

وهذه القواعد التي أشار إليها القرافي ، وبين نشأتها هي مناط البحث في هذه الدراسة لتعريفها ، وبيان فائدتها ، وأهم كتبها ، وعرض أنواعها وما يتفرع عنها .

ثانياً: تعريف القواعد الفقهية:

القواعد : جمع قاعدة ، والقاعدة لغة : الأساس ، ومنه قواعد البناء وأساسه (٢) ، قال الله تعالى : ﴿وَإِذ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ (البقرة / ١٢٧) .

والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط ، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته (٣) ، فالقاعدة : قضية كلية يدخل تحتها جزئيات كثيرة ، وتحيط بالفروع والمسائل من الأبواب المتفرقة .

والقاعدة إما أن تطبق على جميع الفروع التي تدخل تحتها ، كما سبق في التعريف ، وإما أن تشمل غالبَ الجزئيات أو أكثرها ، ويخرج عنها بعض الفروع والجزئيات التي تعتبر استثناءات ، وقد تطبق عليها

(١) الفروق ، للقرافي ٢/١ .

(٢) المصباح المنير/ قعد ، المفردات في غريب القرآن للأصفهاني/ قعد ، تهذيب الأسماء واللغات ٩٨/٢ .

(٣) انظر : التعريفات ، للرجزاني ص ١٧٧ ، كشاف اصطلاحات الفنون ٥/ ١١٧٦ ، المصباح المنير/ قعد .

قاعدة أخرى ، ولذلك عرفها الحموي في «حاشيته على الأشباه والنظائر» بأنها : «حكمٌ أغلبيٌّ ينطبق على معظم جزئياته»^(١) .

وقد اخترنا التعريف الأول الذي يفيد انطباق القاعدة على جميع الجزئيات ، لأن الأصل فيها أن تكون كذلك ، وأن خروج بعض الفروع عنها لا يضر ولا يؤثر ، وتكون استثناء من القاعدة ، لأن كل قاعدة أو مبدأ أو أصل له استثناء ، وهذا الاستثناء لا يغير من حقيقة الأصل أو المبدأ ، وقد صرحت مجلة الأحكام العدلية بهذا فقالت في المادة الأولى منها : «ثم إن بعض هذه القواعد ، وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات ، لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع ، لما أن بعضها يخصص ويقيد بعضاً» .

ثالثاً: الفرق بين القاعدة والضابط:

القاعدة : بمعنى الضابط في الأصل ، لكن يميز العلماء بين القاعدة والضابط عملياً وفي القرون الأخيرة بأن القاعدة تحيط بالفروع والمسائل في أبواب فقهية مختلفة ، مثل قاعدة «الأمور بمقاصدها» (م/٢) فإنها تطبق على أبواب العبادات ، والجنايات ، والعقود ، والجهاد والأيمان وغيرها من أبواب الفقه .

أما الضابط فإنه يجمع الفروع والمسائل من باب واحد من الفقه ، مثل «لا تصوم المرأة تطوعاً إلا بإذن الزوج أو كان مسافراً»^(٢) ومثل «أيما

(١) غمز عيون البصائر ٢٢/١ ، وجاء في (تهذيب الفروق ٣٦/١) : «ومن المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية» ، وقال علي حيدر : «الحكم الكلي أو الأكثر» درر الاحكام شرح مجلة الأحكام ١٩/١ .

(٢) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ص ١٧٣ ، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ٢٩٩/١ .

إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهَّرَ» وهو نص حديث شريف^(١)، ومثل «كل ماء مطلق لم يتغير فهو طهور» ومثل «الكفار مخاطبون بفروع الشريعة» عند الشافعية، ومثل «الإسلام يجب ما قبله في حقوق الله، دون ما تعلق به حق آدمي كالقصاص وضمان المال»^(٢).

يقول السيوطي: «لأن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعاً باب واحد»^(٣)، ويقول أبو البقاء بعد تعريف القاعدة: «والضابط يجمع فروعاً من باب واحد»^(٤).

وإن هذا التفريق بين القاعدة والضابط عند معظم العلماء فقط، كما أنه ليس تفریقاً حتماً جازماً، فقد يذكر كثير من العلماء قواعد فقهية، وهي في حقيقتها مجرد ضابط، كما سيمر معنا.

رابعاً: الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية:

رأينا أن العلماء وضعوا قواعد أصولية للاستنباط والاجتهاد، وكان تدوينها مبكراً وسابقاً على القواعد الفقهية، وأول من دونها وجمعها في كتاب مستقل الإمام الشافعي رحمه الله تعالى (ت ٢٠٤هـ) في كتابه «الرسالة» ثم تطورت وتوسعت وانتشرت وعمت المذاهب.

كما وضع الأئمة والعلماء قواعد فقهية لجمع الأحكام المتشابهة،

(١) سنن الترمذي مع تحفة الأحوذى (٤٩٦/٥)، مسند أحمد (٢١٩/١، ٢٢٧) صحيح مسلم (٥٣/٣ رقم ٣٦٦) سنن أبي داود (١٨٥/٢) طبع دار الكتاب العربي - بيروت) وأوله «إذا دبغ الإهاب فقد طهر».

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي ص ٢٥٣، ٢٥٥.

(٣) الأشباه والنظائر في النحو، للسيوطي ٧/١.

(٤) الكليات، لأبي البقاء ٤٨/٤.

والمسائل المتناظرة ، وكانت مبعثرة في الكتب والأبواب الفقهية ، وتأخر تدوينها وجمعها بشكل مستقل ، كما سنرى .

وصرح القرافي بالنوعين السابقين ، وميز بينهما ، لكنه جمع في كتابه «الفروق» بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية ، وكذلك فعل السيوطي الشافعي ، وابن نجيم الحنفي ، وابن اللحام الحنبلي ، في كتابه «القواعد والفوائد الأصولية» وغيرهم .

ويمكن التمييز بين النوعين بما يلي :

١ - إن القواعد الأصولية ناشئة في أغلبها من الألفاظ العربية ، والقواعد العربية ، والنصوص العربية ، كما صرح القرافي سابقاً^(١) ، أما القواعد الفقهية فناشئة من الأحكام الشرعية ، والمسائل الفقهية .

٢ - إن القواعد الأصولية خاصة بالمجتهد ، يستعملها عند استنباط الأحكام الفقهية ، ومعرفة حكم الوقائع والمسائل المستجدة في المصادر الشرعية ، أما القواعد الفقهية فإنها خاصة بالفقيه ، أو المفتي ، أو المتعلم الذي يرجع إليها لمعرفة الحكم الموجود للفروع ، ويعتمد عليها بدلاً من الرجوع إلى الأبواب الفقهية المتفرقة .

٣ - تتصف القواعد الأصولية بالعموم والشمول لجميع فروعها ، أما القواعد الفقهية فإنها ، وإن كانت عامة وشاملة ، تكثر فيها الاستثناءات ، وهذه الاستثناءات تشكل أحياناً قواعد مستقلة ، أو قواعد فرعية ، وهذا ما حدا بكثير من العلماء لاعتبار القواعد الفقهية قواعد أغلبية ، وأنه لا يجوز الفتوى بمقتضاها .

(١) الفروق ٢/١ .

٤ - تتصف القواعد الأصولية بالثبات ، فلا تبدل ولا تتغير ، أما القواعد الفقهية فليست ثابتة ، وإنما تتغير - أحياناً - بتغير الأحكام المبنية على العرف ، وسد الذرائع ، والمصلحة وغيرها^(١) .

٥ - إن القواعد الأصولية تسبق الأحكام الفقهية ، وأما القواعد الفقهية فهي لاحقة وتابعة لوجود الفقه وأحكامه وفروعه .

خامساً: الفرق بين القواعد والنظريات:

قلنا : إن الفقه الإسلامي بدأ بالفروع والجزئيات في التدوين ، ثم انتقل إلى التعيد بإقامة الضوابط الفقهية والقواعد الكلية .

وهذه الضوابط والقواعد مرحلة ممهدة لجمع القواعد المتشابهة ، والمبادئ العامة ، لإقامة نظرية عامة في جانب من الجوانب الأساسية في الفقه ، ولكن الظروف التي مرت بالأمة الإسلامية ، وأحاطت بالاجتهاد والمجتهدين والعلماء ، أوقفت العمل عند مرحلة القواعد ، إلى أن ظهرت في هذا القرن النهضة الفقهية والدراسات المقارنة ، وشرع العلماء في صياغة النظريات الأساسية في الفقه الإسلامي ، مثل : نظرية العقد ، ونظرية الملكية ، ونظرية الأهلية ، ونظرية الفساد ، ونظرية البطلان ، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ، ونظرية العقد الموقوف ، ونظرية الضرورة ، ونظرية الضمان ، ونظرية الإثبات ، ونظام الحكم في الإسلام ، ونظام المال في الإسلام ، ونظرية التكافل الاجتماعي ، ونظام الجهاد ، وغيرها ، مما يتيح للباحث أو الدارس أن يحصل على منهج الإسلام

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ٢٩٤/١ ، تخريج الفروع على الأصول ، للزنجاني ص ٣٥ من مقدمة الأستاذ محمد سلام مذكور .

العام ، وآراء الفقهاء في كل جانب من جوانب التشريع الأساسي في الإسلام .

والفرق بين القواعد الفقهية وبين النظريات أن القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تجمع الفروع والجزئيات ، ويعتمد عليها الفقيه والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية ، أما النظريات الفقهية فهي دساتير ومفاهيم كبرى تشكل نظاماً متكاملًا في جانب كبير من جوانب الحياة والتشريع ، وأن كل نظرية تشمل مجموعة من القواعد الفقهية^(١) .

كما تقوم النظرية على أركان وشروط ومقومات أساسية ، وكثيراً ما تخلو من بيان الأحكام الفقهية ، أما القواعد فلا يوجد لها أركان وشروط ، وتنطوي على عدد كبير من الأحكام الفقهية والفروع والمسائل .

مثال القواعد الفقهية «العبارة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني» التي تنسب صيغة العقد ، وموضوعه ، لتحديد الآثار المترتبة عليه .

ومثال النظريات الفقهية «نظرية العقد» التي تتناول جميع العقود الشرعية في مختلف أحكامها وأطرافها من التعريف والأركان والشروط والآثار ، وموقع العقد بين مصادر الالتزام الأخرى .

والخلاصة : أن القواعد واسطة بين الفروع والأصول ، أو هي واسطة بين الأحكام والنظريات^(٢) .

(١) المدخل الفقهي العام ، الأستاذ الزرقا ٢١٦/١ وما بعدها ، ٩٤١/٢ ، النظريات الفقهية ، للدكتور الدُرَيْني ص ٢٥ .

(٢) انظر : مقالات الكوثري ، للشيوخ محمد زاهد الكوثري ص ١١٨ .

ونشير هنا إلى أهم تطور للفقہ الإسلامي في العصر الحاضر ، وذلك بتقنين أحكامه في قانون أو نظام في مجال معين ، واختيار الآراء فيه من مختلف المذاهب الفقهية ، والتزام القضاة العمل بموجبه ، ويختلف ذلك سعة وضيقاً ، وشمولاً وحصراً من بلد إلى آخر ، وكان أقدم قانون «مجلة الأحكام العدلية» في الدولة العثمانية التي سنشير إليها ، وآخرها قانون العقوبات في الفقہ الإسلامي الذي صدر بالسودان ، والتقنين مستمر .

سادساً: فوائد القواعد الفقهية وأهميتها:

بيّن لنا العلامة القرافي أهمية القواعد وفوائدها فقال :

«وهذه القواعد مهمة في الفقہ ، عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ، ويشرف ، ويظهر رونق الفقہ ويعرف ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية ، دون القواعد الكلية ، تناقضت عليه الفروع واختلفت ، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى ، ومن ضبط الفقہ بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ما تناقض عند غيره ، وتناسب»^(١) .

وقال العلامة ابن نجيم مبيناً فوائد القواعد : «الأول : في معرفة القواعد التي ترد إليها ، وفرعوا الأحكام عليها ، وهي أصل الفقہ ، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ، ولو بالفتوى»^(٢) .

ويمكننا أن نلخص فوائد القواعد وأهميتها بما يلي :

(١) الفروق ٣/١ .

(٢) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ص ١٥ .

١ - إن دراسة الفروع والجزئيات الفقهية يكاد يكون مستحيلاً ، بينما يدرس الطالب والعالم قاعدة كلية تنطبق على فروع كثيرة لا حصر لها ، ويتذكر القاعدة ليفرع عليها المسائل والفروع المتشابهة والمتناظرة ، ولذلك سمي هذا العلم أيضاً : علم الأشباه والنظائر .

يقول العلامة السيوطي : «اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ، ومآخذه وأسراره ، ويتمهر في فهمه واستحضاره ، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة المسائل التي ليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مَرَّ الزمان ، ولهذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر»^(١) .

فهي تسهل ضبط الأحكام الفقهية ، وحصرها ، وحفظ المسائل الفرعية وجمعها .

٢ - إن دراسة الفروع والجزئيات ، إن حفظت كلها أو أغلبها ، فإنها سريعة النسيان ، ويحتاج الرجوع إليها في كل مرة إلى جهد ومشقة وخرج .

أما القاعدة الفقهية فهي سهلة الحفظ ، بعيدة النسيان ، لأنها صيغت بعبارة جامعة سهلة تبين محتواها ، ومتى ذكر أمام الفقيه فرع أو مسألة فإنه يتذكر القاعدة ، مثل قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» ، أو

(١) الأشباه والنظائر ، للسيوطي ص ٦ ، والعبارة الأخيرة من أقوال الشيخ قطب الدين محمد بن عبد الصمد السنباطي (٦٥٣ - ٧٢٢هـ) وكان إماماً حافظاً للمذهب عارفاً في الأصول ، له كتب في الفقه ، منها «تصحيح التنبيه» (طبقات الأسنوي ٧٢/٢) .

«الضرر يزال» ، أو «يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام» ، أو «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة» .

٣ - إن الأحكام الجزئية قد يتعارض ظاهرها ، ويبدو التناقض بين عللها ، فيقع الطالب والباحث في الارتباك والخلط ، وتشتبه عليه الأمور حتى يبذل الجهد والتتبع لمعرفة الحقيقة .

أما القاعدة الفقهية فإنها تضبط المسائل الفقهية ، وتنسق بين الأحكام المتشابهة ، وترد الفروع إلى أصولها ، وتسهل على الطالب إدراكها وأخذها وفهمها .

٤ - إن القواعد الكلية تسهل على رجال التشريع غير المختصين بالشرعة فرصة الاطلاع على الفقه بروحه ومضمونه ، وأأسسه وأهدافه ، وتقديم العون لهم لاستمداد الأحكام منه ، ومراعاة الحقوق والواجبات فيه^(١) ، وهذا ما حققته القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية ، والتي انتقلت إلى العديد من القوانين المعاصرة .

٥ - تكون القواعد الكلية عند الطالب ملكة فقهية تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع ، ومعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المعروضة عليه ، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة ، والمشاكل المتكررة ، والحوادث الجديدة .

٦ - تساعد القواعد الكلية في إدراك مقاصد الشريعة ، وأهدافها العامة ؛ لأن مضمون القواعد الفقهية يعطي تصوراً واضحاً عن المقاصد والغايات ، مثل «المشقة تجلب التيسير» ، أو «الرخص لا تناط بالمعاصي» ، أو

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/ ٢٩٦ ، المدخل ، شلبي ص ٢٣٠ .

«تصرفات الإمام على الرعية منوط بالمصلحة» ، وغير ذلك من الفوائد والمنافع التي تحصل من دراسة القواعد الفقهية^(١) .

سابعاً: مصادر القواعد الفقهية:

إن القواعد الكلية في الفقه الإسلامي - بصيغتها الأخيرة - هي من وضع الفقهاء وصياغتهم وترتيبهم ، وقد فعلوا ذلك على مر العصور ، وحتى العصر الحاضر .

أما أصلها ونشأتها فمستقاة من ثلاثة مصادر ، هي :

١ - القرآن الكريم :

لقد جاء القرآن الكريم بمبادئ عامة ، وقواعد كلية ، وضوابط شرعية ، في آياته ونصوصه ، لتكون مناراً وهداية للعلماء في وضع التفاصيل التي تحقق أهداف الشريعة ، وأغراضها العامة ، وتتفق مع مصالح الناس ، وتطور الأزمان ، واختلاف البيئات .

وقد حققت هذه المبادئ العامة في القرآن الكريم هدفين أساسيين ، الأول : تأكيد الكمال في دين الله تعالى الذي ورد في قوله تعالى : ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾ المائدة/ ٣ ، والثاني : بيان ميزة المرونة في التشريع الإسلامي لمسيرة جميع العصور والبيئات ، ليبقى صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان .

وهذه المبادئ العامة في القرآن الكريم كانت مصدراً مباشراً للأئمة والفقهاء في صياغة القواعد الكلية في الفقه الإسلامي ، وإرشادهم إلى

(١) انظر مقالاً لنا في مجلة الوعي الإسلامي ، العدد ٣٨٦ شوال ١٤١٨هـ ، شباط فبراير ١٩٩٨م ، ص ٢٨ . بعنوان «أثر القواعد الفقهية في الدعوة الإسلامية» وقد تأثر أحد طلاب الدراسات العليا بهذا العنوان وجعله موضوع رسالة للماجستير .

المقاصد والغايات من الأحكام ، والاستعانة بها لتشمل جميع الفروع التي تدخل تحتها ، مثل قوله تعالى : ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾ الشورى/ ٣٨ ، فالآية تصف المؤمنين بالتشاور في جميع الأمور ، سواء كانت عائلية أو اجتماعية أو إدارية أو سياسية ، وتركت كيفية التنفيذ ووسائله بحسب الأحوال والأزمان ، ومثل قوله تعالى : ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ البقرة/ ٢٢٨ ، التي تعتبر قاعدة عامة لتحديد الحقوق والواجبات بين الزوجين ، ومثل قوله تعالى : ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ النساء/ ٢٩ ، التي تقرّر مبدأ التراضي في العقود والتصرفات ، واحترام سلطان الإرادة ، وسترّد أمثلة أخرى ، كما سنرى أن كثيراً من القواعد الفقهية ترجع في أصلها إلى آيات الذكر الحكيم (١) .

٢ - السنة النبوية :

لقد أعطي رسول الله ﷺ جوامع الكلم ، واختصر له الكلام اختصاراً ، وكان عليه الصلاة والسلام ينطق بالحكمة القصيرة التي تخرج مخرج المثل ، وتكون قاعدة كلية ، ومبدأ عاماً ، ينطوي على الأحكام الكثيرة ، والمسائل المتعددة ، والفروع المتكررة (٢) .

مثل قوله ﷺ : «المسلمون على شروطهم» (٣) ، وقوله : «إنما الأعمال بالنيات» (٤) ، وقوله : «الدين النصيحة» (٥) ، وقوله : «كل عمل

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ٢٩٢/١ .

(٢) انظر : جامع العلوم والحكم ، لابن رجب ص ٢ ، طرق تدريس التربية الإسلامية ، للمؤلف ص ٣٢٣ ، ٣٢٥ .

(٣) رواه أبو داود (٢٧٣/٢) والحاكم (٤٩/٢) ، وصححه عن أبي هريرة مرفوعاً .

(٤) رواه البخاري (٣/١) ، ومسلم (٥٣/١٣) ، وأحمد (٢٥/١) .

(٥) رواه مسلم (٣٧/٢) ، وأحمد (١٠٢/٤) موصولاً ، ورواه البخاري معلقاً (٣٠/١) .

ليس عليه أمرنا فهو ردّ»^(١) ، وقوله : «الخراج بالضمان»^(٢) ، وقوله عليه الصلاة والسلام : «الحلال بين والحرام بين»^(٣) .

وسترد أمثلة أخرى كثيرة ، وسنرى أن بعض القواعد الفقهية هي نص حديث نبوي شريف ، وأن كثيراً من القواعد الفقهية ترجع في أصلها واستنباطها إلى الأحاديث الشريفة .

٣ - الاجتهاد :

وذلك باستنباط القواعد الكلية من الأصول الشرعية السابقة ، ومن مبادئ اللغة العربية ، ومسلمات المنطق ، ومقتضيات العقول ، وتجميع الفروع الفقهية المتشابهة في علة الاستنباط ، فالعالم الفقيه يرجع إلى هذه المصادر ، ويبذل جهده فيها ، ويجمع بين الأحكام المتماثلة ، والمسائل المتناظرة ، ويستخرج قاعدة كلية منها ، تشمل كل ما يدخل تحتها أو أغلبه ، وكما فعل علماء الأصول في وضع القواعد الأصولية ، سار الفقهاء في القواعد الفقهية .

مثل قاعدة «الأمر بمقاصدها» المأخوذة من مجموعة أحاديث في النية ، أهمها حديث «إنما الأعمال بالنيات»^(٤) ، ومثل قاعدة «الضرر

(١) رواه البخاري (٩٥٩/٢) ، ومسلم (١٦/١٢) ، وأبو داود (٥٠٦/٢) وابن ماجه (٧/١) وأحمد (١٤٦/٦ ، ١٨٠ ، ٢٥٦) والدارقطني (٢٢٧/٤) من حديث عائشة رضي الله عنه ، وأوله في بعضها «من عمل عملاً...» أو «من أحدث» .

(٢) هذا الحديث رواه أبو داود (٢٥٥/٢) والترمذي (٥٠٧/٤) النسائي (٢٢٣/٧) وابن ماجه (٧٥٤/٢) والحاكم (١٥/٢) والشافعي (بدائع المنن ١٦٤/٢) عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) هذا الحديث رواه البخاري (٢٨/١) ومسلم (٢٧/١١) والبيهقي (٣٣٤/٥) عن النعمان بن بشير رضي الله عنه .

(٤) هذا الحديث سبق بيانه قبل قليل هامش ٤ ص ٢٨ .

يزال» المأخوذة من حديث «لا ضرر ولا ضرار»^(١) ، ومثل قاعدة «المرء مؤاخذ بإقراره» المأخوذة من قوله تعالى : ﴿وليملل الذي عليه الحق﴾ البقرة/ ٢٨٢ ، ومثل قاعدة «السؤال معاد في الجواب» المأخوذة من مبادئ اللغة العربية ، ومثل قاعدة «الأصل في الكلام الحقيقية» المأخوذة من اللغة العربية ، وقاعدة «التابع تابع» المأخوذة من مسلمات المنطق ، ومثل قاعدة «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل» ، وقاعدة «إذا زال المانع عاد الممنوع» المأخوذة من لوازم التفكير ومبادئ العقل^(٢) .

ثامناً: أنواع القواعد الفقهية:

إن تعريف القاعدة السابقة يشمل جميع القواعد ، ولكن القواعد الفقهية على درجات في العموم والشمول ، والاتفاق عليها بين المذاهب الفقهية عامة ، أو الاختلاف فيها بين المذاهب ، ولكنها شاملة في المذهب الواحد ، وبعضها قواعد مختلف فيها في المذهب الواحد ، لذلك كانت القواعد الفقهية على أنواع هي :

١ - القواعد الفقهية الأساسية الكبرى ، التي تدور معظم مسائل الفقه حولها ، حتى رد بعض العلماء الفقه كله إليها ، وهي متفق عليها بين جميع المذاهب ، وهي :

أ - الأمور بمقاصدها .

(١) رواه أحمد (٣١٢/١) وابن ماجه (٧٨٤/٢) عن ابن عباس وعبداد ، ورواه الحاكم (٥٨/٢) والدارقطني (٢٢٨/٤ ، ٧٧/٣) والبيهقي (٧٠/٦ ، ١٥٦) عن أبي سعيد رضي الله عنه .

(٢) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ٢٩٣/١ .

- ب - اليقين لا يزول بالشك .
- ج - المشقة تجلب التيسير .
- د - الضرر يزال .
- هـ - العادة مُحَكِّمَةٌ (١) .

٢ - القواعد الكلية : وهي قواعد كلية مُسَلَّم بها في المذاهب ، ولكنها أقل فروعاً من القواعد الأساسية ، وأقل شمولاً من القواعد السابقة ، مثل قاعدة : «الخراج بالضمان» ، وقاعدة «الضرر الأشد يُدْفَعُ بالضرر الأخف» .

وكثير من هذه القواعد تدخل تحت القواعد الأساسية الخمس ، أو تدخل تحت قاعدة أعم منها ، ومعظمها نصت عليها مجلة الأحكام العدلية ، وقد يدخل تحتها قواعد فرعية أيضاً ، وأكثرها متفق عليها بين المذاهب .

٣ - القواعد المذهبية : وهي قواعد كلية في بعض المذاهب دون بعض ، مثل قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني» فإنها أغلبية في المذهب الحنفي ، ولكنها قليلة التطبيق في المذهب الشافعي ، وقاعدة «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» فهي كثيرة والتطبيق في المذهب الحنفي ،

(١) نظم بعض الشافعية القواعد الخمس الأساسية في أبيات من الشعر ، فقال :

خمسُ مقرَّرةٌ قواعدُ مذهبٍ	للشافعي فكن بهنَّ خبيراً
ضُررٌ يزَالُ وعادةٌ قد حُكِّمَتْ	وكذا المشقة تجلبُ التيسيراً
والشكُّ لا ترفعُ به مُتيقناً	والقصدُ أخْلَصُ إن أردتَ أجوراً

نادرة التطبيق عند الشافعية ، ومثل قاعدة «الرُّخص لا تُنَاط بالمعاصي» فإنها شائعة عند الشافعية دون الحنفية .

٤ - القواعد المتخلف فيها في المذهب الواحد ، فتطبق في بعض الفروع دون بعض ، وهي مختلف فيها في فروع المذهب الواحد ، مثل : قاعدة «هل العبرة بالحال أو بالمآل؟» فهي قاعدة مختلف فيها في المذهب الشافعي ، ولها أمثلة كثيرة ، ولذلك تبدأ غالباً بكلمة «هل؟» .

وقد راعى العلماء هذا التنوع للقواعد في تقسيم الدراسة ، وتصنيف القواعد ، وسوف يكون هو المعيار الأساسي في تقسيم القواعد التي سندرسها إن شاء الله تعالى .

تاسعاً: مؤلفات القواعد الفقهية:

بدأت صياغة القواعد الفقهية في عصر متقدم ، وذلك منذ القرن الثاني الهجري ، ولكنها لم تُفرد في التأليف والتصنيف والتدوين بشكل مستقل إلا بعد قرنين تقريباً .

وكانت المذاهب الفقهية قد نضجت وتبلورت ، فأخذ تأليف القواعد طابع المذاهب الفقهية ، واتجه علماء كل مذهب لكتابة القواعد في مذهبه ، ولكن جاءت صياغة القواعد غالباً عامة وواحدة ومشتركة بين المذاهب ، وتختلف الفروع التي تدخل تحتها .

وأول من بدأ في تدوين القواعد - فيما وصلنا - أبو طاهر الدَّباس

إمام الحنفية فيما وراء النهر ، وردَّ قواعد مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة ، وسافر إليه العلماء لأخذها عنه .

ولما بلغ ذلك القاضي حسين إمام الشافعية في زمانه ردَّ جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد^(١) . ثم استمر التصنيف والإضافة والزيادة على هذه القواعد ، وانتقل العمل إلى بقية المذاهب ، وظهرت القواعد بعدة أسماء ، مثل : كتب الأشباه والنظائر ، وكتب الفروق ، وكتب القواعد ، وهذه إشارة لبعضها في كل مذهب .

أ - كتب القواعد الفقهية في المذهب الحنفي :

١ - أول من بدأ التصنيف في القواعد - فيما نعلم - أبو طاهر الدَّباس الذي جمع سبع عشرة قاعدة في الفقه الحنفي ، وصار يكررها كل ليلة في مسجده ، ويعيدها ويصقلها ، ولم تذكر كتب التراجم تاريخ وفاته ، ولكن كان ذلك في القرن الرابع الهجري^(٢) .

٢ - أخذ أبو الحسن الكرخي (المتوفى سنة ٣٤٠هـ) عن أبي طاهر الدباس ، وكان معاصراً له ، وزاد على قواعده ، ودونها في رسالة «الأصول» التي جمع فيها فروع المذهب الحنفي^(٣) .

٣ - ثم جاء أبو زيد الدَّبُوسي (وهو عبيد الله بن عمر بن عيسى

(١) الأشباه والنظائر ، للسيوطي ص ٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥ ، المدخل ، للشلبي ص ٢٣٣ ، المدخل الفقهي العام ٩٤٥/٢ .

(٢) انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء ، للشيرازي ص ١٤٢ ، الجواهر المضيئة ١١٦/٢ ، الفوائد البهية ص ١٨٧ .

(٣) الرسالة مطبوعة ، وانظر المراجع السابقة في هامش (١) .

٤٣٠هـ) وألف كتاب «تأسيس النظر في الأصول» وضمنه القواعد الكلية للفقهاء ، مع الضوابط الفقهية ، وبين أساس الاختلاف بين الأئمة (١) .

٤ - ثم جاء بعد ذلك نجم الدين عمر النسفي (المتوفي سنة ٥٣٧هـ) وتناول قواعد الكرخي ، وذكر الأمثلة والشواهد لكل قاعدة من القواعد ، وما تشتمل من الفروع الفقهية ، والأحكام المستنبطة على المذهب الحنفي .

٥ - وصنّف الإمام أبو المظفر أسعد بن محمد الكرايسي (٥٧٠هـ) كتاب «الفروق» بحسب الأبواب الفقهية ، ورتبه على بحوث ، واشتمل كل بحث على مسألتين في الغالب ، أو أكثر ، وبين الفرق بين المسألتين أو المسائل المذكورة ، وردّ الخلاف في بعضها إلى الخلاف في القواعد الفقهية التي تدرج تحتها ، فذكر القواعد الكلية عرضاً (٢) .

٦ - وانتقلت هذه القواعد مع شواهد وأمثالها من كتاب إلى آخر ، حتى جاء العلامة إبراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠هـ) وألف كتابه «الأشباه والنظائر» الذي جمع فيه القواعد الكلية ، ورتبها ، وصنفها ، وقسمها ، وبين الفروع التي تشتمل عليها ، ثم ذكر أصل القاعدة ، والمسائل التي تستثنى منها ، ورتب كتابه على سبعة

(١) كتاب تأسيس النظر مطبوع ، ومعه رسالة الكرخي .

(٢) تمّ تحقيق هذا الكتاب في رسالة علمية ، ثم طبع ونشر ، حققه الدكتور محمد طموم ، ثم نشر في الكويت ، وانظر ترجمة الكرايسي . في (الفوائد البهية ص ٤٥) .

فنون ، الأول : في معرفة القواعد ، وأنها أصل الفقه في الحقيقة ، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ، ولو في الفتوى ، والثاني : فن الضوابط ، وهو أنفع الأقسام للمدرس والمفتي والقاضي . . . إلخ .

وصرح في مقدمة الكتاب أنه يريد أن يحاكي كتب الشافعية في القواعد ، فقال : « وإن المشايخ الكرام قد ألفوا لنا ما بين مختصر ومُطوّل من متون وشروح وفتاوى ، واجتهدوا في المذهب والفتوى ، إلا أنني لم أر لهم كتاباً يحاكي كتاب الشيخ تاج الدين السبكي الشافعي ، مشتملاً على فنون في الفقه . . . ، فألهمت أن أصنع كتاباً على النمط السابق»^(١) .

٧ - مجامع الحقائق ، للفيقه الحنفي أبي سعيد محمد الخادمي (١١٥٥هـ) وهو في أصول الفقه ، ولكن المؤلف ضمنه القواعد الفقهية في أربع وخمسين قاعدة في نهاية الكتاب ، ثم جاء

(١) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ص ١٥ ، ١٦ ، والكتاب مطبوع عدة مرات ، واتجهت أنظار الحنفية إلى هذا الكتاب دراسة وتعليقاً وشرحاً (كشف الظنون ١/ ١٠٥) ، وأهم الشروح المطبوعة «غمز عيون البصائر» للفيقه الحنفي أحمد بن محمد الحموي من علماء القرن الحادي عشر الهجري ، وذكر المرحوم الكوثري كتاب «التحقيق الباهر في شرح الأشباه والنظائر» لهبة الله التاجي ، المحفوظ في المكتبة الرافية في خمس مجلات ضخام (مقالات الكوثري ص ١١٧) ، ويلاحظ أن عبارات ابن نجيم متفقه تماماً في معظم الأحيان مع عبارات السيوطي الشافعي (المتوفى سنة ٩١١هـ ، قبل ولادة ابن نجيم) فلما أن يكون ابن نجيم قد اعتمد على كتاب السيوطي حرفياً دون أن يصرح أو يشير إليه ، ولما أن يكون السيوطي وابن نجيم اعتمد كلاهما حرفياً على كتاب «الأشباه والنظائر» لابن السبكي الشافعي ، أو ابن الوكيل الشافعي .

مصطفى محمد الكوز الحصري ، وشرح هذه القواعد في كتابه «منافع الدقائق» وسار الخادمي في كتابه على طريقة الزركشي الشافعي (٧٩٤هـ) في كتابه (١) .

٨ - ثم جاء مفتي دمشق ، في عهد السلطان عبد الحميد ، الشيخ محمود حمزة الدمشقي الحنفي (١٣٠٥هـ) وألف كتاباً في القواعد باسم «الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية» وصنف القواعد بحسب أبواب الفقه ، وذكر لكل قاعدة مصدرها الفقهي ، وفروعها التي تدخل تحتها (٢) .

أما القواعد الفقهية في «مجلة الأحكام العدلية» فسوف نفصل الكلام عنها في فقرة مستقلة ، مع بيان شروحها .

٩ - وفي العصر الحاضر قام أستاذنا الجليل ، العلامة المحقق المدقق ، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، بدراسة معمقة عن القواعد الفقهية في المذهب الحنفي في الباب السادس من كتابه القيم النافع الفريد «المدخل الفقهي العام» فعرض القواعد الفقهية الواردة في مجلة الأحكام العدلية ، وصنفها تصنيفاً علمياً مفيداً ، ورتبها ترتيباً مميزاً ، وقسمها إلى أساسية وفرعية ، فبلغت الأساسية أربعين قاعدة ، واندرجت سائر القواعد التسع والتسعين تحت الأربعين ، وقدم دراسة ، لم يسبق إليها ، عن تاريخ نشأة القواعد ، وأطوار صياغتها ، وقدم شرحاً موجزاً ومختصراً ومركزاً لمفاهيمها ، وذكر أدلتها ،

(١) كتاب «مجامع الحقائق» مطبوع مع شرحه «منافع الدقائق» بالمطبعة العامة بالقسطنطينية ، سنة ١٣٠٨هـ .

(٢) كتاب «الفوائد البهية» مطبوع بدمشق سنة ١٢٩٨هـ ، ثم طبع بدار الفكر بدمشق طبعة أنيقة وحديثة .

وبعض الأمثلة الفقهية لكل قاعدة ، ثم وضع فهرسة خاصة لقواعد المجلة مرتبة ترتيباً أبجدياً ، وفهرسة خاصة للمصطلحات الفقهية الواردة في قواعد المجلة .

ثم أردف ذلك بقواعد يحسن إلحاقها بالقواعد السابقة ، جمعها من مناسباتها المختلفة في الكتب الفقهية ، وبعضها عبارات مأثورة عن بعض الأئمة الفقهاء ، وبلغت ٣١ قاعدة ، ورتبها على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها^(١) .

ب - كتب القواعد الفقهية في المذهب المالكي :

١ - أصول الفتيا ، لأبي عبد الله محمد بن حارث الخشني القيرواني (٣٦١هـ) ، وهو يتضمن أصولاً مالكية ، ونظائر في الفروع ، وبعض الكليات ، ورتبه المؤلف على أبواب الفقه ، ثم أضاف إليه أبواباً أخرى ، وكان يفتح غالب أبوابه بأصل فقهي من أصول المالكية ، وهو كقاعدة فقهية ، كقوله في باب حد الزنى : «من أصول هذا الباب قوله : «الحدود تُدْرَأ بالشبهات ، ولا يقام مع الرجم شيء من الحدود ولا من القصاص»^(٢) .

٢ - الفروق ، للقرافي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري المالكي المتوفى سنة ٦٨٤هـ ، جمع فيه المؤلف القواعد الكلية والضوابط الفقهية ، وقارن بينها ،

(١) المدخل الفقهي العام ، الجزء الثاني ، الفقرات ٦٨٧ - ٧١٩ .

(٢) طبع هذا الكتاب بتونس سنة ١٩٨٥م بتحقيق الأستاذ المجذوب وزملائه ، ثم صُوِّر بعد ذلك .

وذكر أوجه الشبه بين كل قاعدتين ، أو ضابطين ، أو أصليين ، أو مصطلحين ، وذكر أوجه الافتراق بين كل ذلك ، وعليه «تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية» للشيخ محمد علي بن الشيخ حسين ، مفتي المالكية بمكة المكرمة^(١) .

٣ - إدرار الشروق على أنواء الفروق ، لأبي القاسم ، قاسم بن عبد الله الأنصاري ، المعروف بابن الشاط ، المتوفى سنة ٧٢٣هـ ، تعقب فيه القرافي في قواعده ، ورجح بعض الأقوال ، وصحح بعض الحالات^(٢) ، لكن الحق مع القرافي في كثير من المسائل .

٤ - القواعد ، للمَقْرِي ، أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد القرشي التلمساني ، قاضي الجماعة بفاس ، المتوفى سنة ٧٥٦هـ ، واشتمل الكتاب على ألف ومائتي قاعدة ، قال العلامة الشيخ محمد بن محمد مخلوف عنه : «وهو كتاب غزير مفيد ، لم يسبق إليه أحد»^(٣) .

(١) الكتاب مطبوع في أربعة أجزاء بمطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ثم صُوِّر في بيروت ، ويجدر الانتباه إلى كتاب آخر للقرافي ، وهو كتاب قيم وفريد في موضوعه ، بعنوان «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام» حققه الشيخ الجليل الأستاذ عبد الفتاح أبو غدة (ت ١٩٩٧م) ونشره مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب ، وله طبعة قديمة بدون تحقيق ، وذكر ملاجلبي في (كشف الظنون ٢/٢٤٣) أن القرافي شافعي ، وهو سهو وخطأ .

(٢) الكتاب مطبوع مع كتاب الفروق للقرافي .

(٣) شجرة النور الزكية ص ٢٣٢ ، الفكر السامي ٩٣/٤ ، وحقق القسم الأول من الكتاب الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد للحصول على شهادة الدكتوراه في جامعة أم القرى بمكة المكرمة ، وطبعته الجامعة في جزأين ، ونأمل تحقيق القسم الثاني ونشره .

٥ - إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، للنوشرسي ، أبي العباس أحمد بن يحيى ، المتوفى سنة ٩١٤هـ ، وهو كتاب قيم ومفيد ، اشتمل على ١١٨ قاعدة ، وهي غير مرتبة ، بدأها بقاعدة مختلف فيها وهي «الغالب هل هو كالمحقق» ، وختمها بقاعدة «كل ما أدى إثباته إلى نفيه فنفيه أولى»^(١) ، وهو أشهر ما ألف في قواعد المذهب المالكي .

ج - كتب القواعد الفقهية في المذهب الشافعي :

قلنا : إن القواعد بدأت بالظهور في القرن الثاني الهجري ، وكانت على قسمين : أصولية ، وقواعد فقهية ، وكان الإمام الشافعي أول من وضع القواعد الأصولية ودونها ، أما القواعد الفقهية فسبق فيها علماء الحنفية ، وإن أقدم من وضع القواعد الفقهية وصاغها ودونها في الفقه الشافعي - فيما نعلم - القاضي حسين (المتوفى سنة ٤٦٢هـ) وكان إماماً كبيراً ، وصاحب وجه في المذهب ، وصنف في الأصول والفروع والخلاف ، وإذا أطلق لفظ «القاضي» في الفقه الشافعي فهو المراد^(٢) .

ثم صار مذهب الشافعية أكثر المذاهب اهتماماً وتأليفاً في القواعد الفقهية ، وصنفت كتب مستقلة بذلك على المذهب الشافعي ، منها :

(١) حققه أحمد بن طاهر الخطابي ، وطبع بالرباط عام ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠ م .
(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧ ، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣٥٦/٤ ، وفيات الأعيان ١/٤٠٠ ، تهذيب الأسماء واللغات ١/١٦٤ ، شذرات الذهب ٣/٣١٠ .

١ - الفروق ، لوالد إمام الحرمين ، أبي محمد الجويني ، عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيوية (٤٣٨هـ) ، أظهر الفرق بين المسائل بتعمق ، ورتبه على أبواب الفقه ، ووضع كل مجموعة من المسائل بعنوان تدرج تحته^(١) .

٢ - قواعد في فروع الشافعية ، للجاجرمي ، معين الدين ، أبي حامد محمد بن إبراهيم الشافعي المتوفى سنة ٦١٣هـ ، وقد أكثر الناس من الاشتغال بها في عصره ، كما يقول العلامة ملاجلبي^(٢) .

٣ - قواعد الأحكام في مصالح الأئام ، للعز بن عبد السلام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (٦٦٠هـ) ، وتسمى القواعد الكبرى في فروع الشافعية ، وله القواعد الصغرى ، وكان من تلامذته القرافي المالكي صاحب «الفروق»^(٣) .

(١) يوجد من هذا الكتاب نسخة مخطوطة في تركيا بمكتبة ترخان رقم ١٤٦ ، وذكره ملاجلبي في (كشف الظنون ١٨٨/٢) ، كما ذكر كتباً أخرى للشافعية في الفروق في نفس الصفحة ، وانظر ترجمة أبي محمد الجويني في (طبقات الشافعية الكبرى ٧٣/٥ ، وفيات الأعيان ٢/٢٥٠) ، وفي كتابنا عن ولده (الإمام الجويني ص ٤٨) من سلسلة أعلام المسلمين .

(٢) كشف الظنون ٢/٢٤٢ .

(٣) القواعد الكبرى مطبوع بالقاهرة طبعة قديمة ، ثم طبع مرة ثانية بالقاهرة في مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م ، ثم حققه أستاذنا الشيخ عبد الغني الدقر ، واستدرك النقص في المطبوعة السابقة ، وطبع بدمشق ، ثم حققه الزميل الفاضل المحقق الأستاذ الدكتور نزيه حماد ، وطبعت القواعد الصغرى أيضاً بدمشق بدار الفكر ، وجاء القاضي عز الدين محمد بن أحمد بن جماعة (ت ٨١٩هـ) وكتب ثلاثة شروح على القواعد الكبرى ، وثلاثة شروح على القواعد الصغرى (انظر : كشف الظنون ٢/٢٤٣) ، وبينت ذلك تفصيلاً في كتابي «العز بن عبد السلام» في سلسلة أعلام المسلمين .

٤ - الأشباه والنظائر ، لابن الوكيل ، صدر الدين محمد بن عمر بن الوكيل الشافعي المتوفى سنة ٧١٦هـ ، جمع فيه قواعد المذهب الشافعي ، وذكر معظم مسائله من كتاب «فتح العزيز» للرافعي (ت ٦٢٣هـ) شيخ الشافعية ، ومحقق المذهب مع النووي^(١) ، لكن الكتاب غير مرتب ، لأنه مات قبل أن ينقحه ، ويحتوي على قواعد فقهية وأصولية وضوابط فقهية ، ثم جاء ابن أخيه زين الدين بن المُرَحَّل (٧٣٨هـ) فنقحه ، وتبعه العلماء في تنقيحه^(٢) .

٥ - المجموع المذهب في قواعد المذهب الشافعي ، للعلائي ، صلاح الدين بن خليل كَيْكُلْدِي العلائي الشافعي الحافظ الدمشقي المتوفى سنة ٧٦١هـ ، وقال عنه ملاجلبي : «وهي أجود القواعد ، اختصرها الشيخ محمد بن عبد الله الصرخدي المتوفى سنة ٧٩٢هـ»^(٣) ، وفيه أحاديث كثيرة وقواعد أصولية عديدة أيضاً .

(١) انظر : كشف الظنون ١/١٠٦ ، ويوجد منه نسخة مخطوطة نفيسة جداً كتبت في القرن الثامن في المكتبة الأزهرية ، كما يوجد منه نسخة أخرى في معهد المخطوطات بجامعة الدول العربية ، وتم طبع الكتاب حديثاً والحمد لله في الرياض ، مكتبة الرشد ، تحقيق العنقري .

(٢) ابن المرحل : هو محمد بن عبد الله بن عمر الدمشقي ، المعروف بزين الدين بن المرحل ، وبابن الوكيل ، انظر : طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٩/١٥٧ ، طبقات الأسنوي ٢/٤٦٢ ، حسن المحاضرة ١/٤٢٠ .

(٣) ذكره ملاجلبي باسم قواعد العلائي (كشف الظنون ١/١٠٦ ، ٢/٢٤٢) ويوجد نسخة مخطوطة من كتاب العلائي بدار الكتب المصرية برقم ١٦١ أصول ، وهو جزءان ، وأشار إليه الكوثري ، رحمه الله تعالى (مقالات الكوثري ص ١١٧) ، وقام بتحقيقه الدكتور محمد عبد الغفار الشريف عميد كلية الشريعة بجامعة الكويت الآن ، وحصل به على درجة الدكتوراه من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة سنة ١٤٠٦هـ ، تم طبع الكتاب بالكويت في جزأين عام ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .

٦ - الأشباه والنظائر ، لابن السبكي ، تاج الدين ، عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ ، وهو الكتاب المشهور الذي اعتمد عليه السيوطي في «الأشباه والنظائر» ، وأراد ابن نجيم أن يحاكيه بوضع كتاب مثله في المذهب الحنفي ، وهو من أحسن الكتب لما يمتاز به مؤلفه من دقة وإحاطة بالفقه والأصول وغيرهما ، مع حسن الترتيب (١) .

٧ - الأشباه والنظائر ، للأسنوي ، جمال الدين عبد الرحيم بن حسن الأسنوي الشافعي المتوفى سنة ٧٧٢هـ ، لكن ابن السبكي يقول عنه : «فيه أوهام كثيرة ، لأنه مات عن مسودة» (٢) .

٨ - القواعد في الفقه ، أو المنشور في القواعد ، للزركشي ، بدر الدين محمد بن عبد الله ، المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، وهو كتاب فريد في منهجه ، عميق في أسلوبه ، رتب على حروف المعجم ، وشرحه سراج الدين العبادي في مجلدين ، واختصر الأصل الشيخ عبد الوهاب الشعراني المتوفى سنة ٩٧٣هـ في مجلد (٣) .

٩ - القواعد ، للغزي ، شرف الدين علي بن عثمان الغزي المتوفى سنة ٧٩٩هـ ، وصفه على طريقة ذكر القاعدة ، وما يستثنى منها ، ثم أدخل الأغغاز فيها (٤) .

(١) يوجد منه عدة نسخ مخطوطة ، منها نسخة جامعة الدول العربية المكتوبة في حياة المؤلف سنة ٧٦٨هـ ، وحققه الدكتور عبدالفتاح أبو العينين لنيل درجة الدكتوراه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر سنة ١٣٩٧هـ ، ثم طبع الكتاب ونشر في بيروت سنة ١٤١١هـ طبعة محرفة ، وانظر (كشف الظنون ١/١٠٦) .

(٢) انظر : كشف الظنون ١/١٠٦ ، الأشباه والنظائر في النحو ، للسيوطي ٦/١ .
(٣) انظر : كشف الظنون ٢/٢٤٢ ، ويوجد من هذا الكتاب عدة نسخ مخطوطة بدار الكتب المصرية ، وحققه الدكتور تيسير فائق أحمد محمود ، وطبع بالكويت في ثلاثة أجزاء سنة ١٤٠٢هـ .

(٤) انظر : كشف الظنون ٢/٢٤٣ .

١٠ - نواظر النظائر ، لابن الملقّن ، سراج الدين عمر بن علي ، المعروف بابن الملقن الشافعي المتوفى سنة ٨٠٤هـ ، وهو مختصر الأشباه والنظائر لابن السبكي (١) .

١١ - الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي ، المتوفى سنة ٩١١هـ ، وهو من أحسن كتب القواعد ، وأجمعها ، وأشملها ، استفاد السيوطي ممن قبله ، وبخاصة التاج السبكي والحافظ العلائي والزركشي ، وأحال على السبكي والزركشي دون العلائي ، وأضاف إلى ذلك خلاصة علمه ودرايته في الفقه والأصول والعربية ، ورّبه على سبعة كتب ، أهمها الأول في شرح القواعد الخمس ، والثاني في قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية ، والثالث في القواعد المختلف فيها (٢) .

وقال السيوطي : «أول من فتح هذا الباب شيخ الإسلام ابن عبد السلام في «قواعده الكبرى» ، فتبعه الزركشي في «القواعد» وابن الوكيل في «أشباهه» ، وقد قصد ابن السبكي بكتابه تحرير كتاب ابن الوكيل ، وذلك بإشارة والده» (٣) .

(١) انظر : كشف الظنون ١/١٠٦ ، ويوجد نسخة مخطوطة من هذا الكتاب في سوهاج مصر ، كتبت سنة ٨٠٣هـ ، وتتألف من ١٣٢ ورقة ، كما يوجد منه نسخة أخرى في معهد المخطوطات العربية بجامعة الدول العربية .

(٢) الكتاب مطبوع عدة مرات ، منها في مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، بمصر سنة ١٣٧٨هـ / ١٩٥٩م ، ثم طبعه عيسى البابي الحلبي بمصر ، دون تاريخ للنشر ، ثم حقق حديثاً تحقيقاً وسطاً وطبع ببلن ، ونظم الكتاب جمال الدين السيد محمد بن عبد الرحمن بن حسن عبد الباري الأهدل اليمني (١٣٥٢هـ) في ٥٢٧ بيتاً .

(٣) الأشباه والنظائر في النحو ، للسيوطي ١/ ٥ ، وللمؤلف بحثان في ذلك «السيوطي»

١٢ - الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية والضوابط والقواعد الكلية ، للسقاف ، السيد علوي بن أحمد السقاف ، ثم اختصره المؤلف في كتابه « مختصر الفوائد المكية » (١) .

د - كتب القواعد الفقهية في المذهب الحنبلي :

يقول الشيخ محمد حسن الشطي الحنبلي الدمشقي المتوفي سنة ١٣٠٧هـ في مقدمة «توفيق المواد النظامية لأحكام الشريعة المحمدية» : «إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية ، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة» .

وإن أهم كتب القواعد على المذهب الحنبلي - التي وصلت إلى علمنا - هي :

١ - الفروق ، للسامري ، أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن الحسين السامري الحنبلي ، المعروف بابن سُنَيْة ، مجتهد المذهب (٦١٦هـ) ، ذكر فيه المسائل المشتبهة صورة ، المختلفة أحكامها وأدلتها وعللها ، وسبب الفرق من حديث أو من القواعد الأصولية (٢) .

→ والقواعد الفقهية» و«الأشباه والنظائر في الفقه» للسيوطي ، دراسة وتحليل ، منشوران بمجلات علمية .

(١) الكتابان مطبوعان بمصر ، بمطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مع كتب أخرى للمؤلف ، بعنوان «مجموعة سبعة كتب مفيدة» .

(٢) يوجد من هذا الكتاب نسخة مصورة في مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة ، برقم ١٣٦ أصول فقه ، وانظر ترجمة المؤلف في سير أعلام النبلاء للذهبي ١٤٤/٢٢ ، ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ١٢١/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ، لابن بدران ص ٢٣٦ .

٢ - الرياض النواضر في الأشباه والنظائر ، للصرصري ، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي (المتوفى سنة ٧١٠هـ وقيل ٧١٦هـ) ، ويسمى كتابه «القواعد الكبرى في فروع الحنابلة» ، وللمؤلف «القواعد الصغرى» أيضاً^(١) .

٣ - القواعد النورانية الفقهية ، لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني ، المتوفى سنة ٧٢٨هـ ، وهي قواعد موزعة على أبواب العبادات ثم المعاملات ، ويورد في أثناء البحث بعض القواعد الفقهية ، ويمتاز بالمقارنة مع بقية المذاهب ، مثل القاعدة الثالثة في العقود ، والشروط فيها ، فيما يحل منها ويحرم ، وما صح منها ويفسد ، ومسائل هذه القاعدة كثيرة جداً ، والذي يمكن ضبطه فيها قولان ، أحدهما : أن يقال : الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك : «الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته . . .»^(٢) ، ويطنب ابن تيمية رحمه الله تعالى في ذلك كعادته ، ويبحث الموضوع من مختلف جوانبه ، والواقع أن هذه القاعدة أقرب إلى النظرية العامة في الشروط أكثر من القواعد الكلية^(٣)

(١) انظر : كشف الظنون ٢/٢٤٣ ، المدخل إلى مذهب أحمد ص ٢٣٦ ، الدرر الكامنة ٢/٢٤٩ ، بغية الدعاة ١/٥٩٩ ، شذرات الذهب ٦/٣٨ ، الأعلام للزركلي ٣/١٨٩ .

(٢) القواعد النورانية الفقهية ص ١٨٤ وما بعدها .

(٣) الكتاب مطبوع بمطبعة السنة المحمدية بالقاهرة سنة ١٣٧٠هـ / ١٩٥٠م ، ويجدر التنبيه إلى كتاب آخر لشيخ الإسلام ابن تيمية في هذا الموضوع بالذات ، وهو نظرية عامة اسمه «العقود» وطبع بمصر باسم «نظرية العقد» .

٤ - القواعد ، لابن قاضي الجبل ، أحمد بن الحسن بن عمر المقدسي ، المتوفى سنة ٧٧١هـ ، وهو من تلامذة شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) .

٥ - القواعد ، لابن رجب ، الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ ، وسماها المؤلف «تقرير القواعد وتحريم الفوائد» لكنه مشهور باسم «القواعد» في الفقه الإسلامي ، قال ملاجلبي عنه : «وهو كتاب نافع من عجائب الدهر»^(٢) ، ويتألف الكتاب من مائة وستين قاعدة ، وإحدى وعشرين مسألة ، تتضمن فوائد فقهية جمّة ، وأحكاماً شرعية كثيرة ، وفيها القواعد الفقهية والضوابط ، والقواعد الأصولية ، وفروع فقهية ، ولكن بأسلوب خاص ، ومنهج يقرب من الفقه أكثر من القواعد^(٣) .

٦ - القواعد والفوائد الأصولية ، وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية ، لابن اللحام علي بن عباس البعلي الحنبلي المتوفى سنة ٨٠٣هـ ، وهذا الكتاب يحتوي على القواعد الأصولية ، وما يتفرع عنها من فروع فقهية ، مع المقارنة بين المذاهب ، ويضم بين دفتيه بعض القواعد الفقهية مع ذكر الضوابط والمسائل والأحكام الشرعية التي تدخل تحتها^(٤) .

(١) انظر : المدخل إلى مذهب أحمد ص ٢٠٥ ، ٢٣٦ .

(٢) كشف الظنون ٢/ ٢٤٣ .

(٣) الكتاب مطبوع مرتين ، وانظر تقديم الشيخ طه عبد الرؤوف سعد ص ١ على الطبعة الأخيرة ، المدخل إلى مذهب أحمد ص ٢٣٦ .

(٤) انظر : المدخل إلى مذهب أحمد ص ٢٣٦ ، والكتاب مطبوع بمطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ، سنة ١٣٧٥هـ / ١٩٥٦م .

٧ - رسالة في القواعد الفقهية ، تأليف عبد الرحمن السعدي ، أبي عبد الله عبد الرحمن بن ناصر عبد الله السعدي الحنبلي ، ولد بعنيزة سنة ١٣٠٧ ، وصار عالم القصيم ، وتوفي سنة ١٣٧٦هـ ، وهي منظومة من ٤٧ بيتاً ، تم شرحها المؤلف شرحاً وجيزاً ، دون أن يذكر لذلك الفروع الفقهية التي تندرج تحتها إلا في بعض الأمثلة الإجمالية^(١) .

وللمؤلف كتاب بعنوان «الرياض الناضرة» ذكر فيه فصلاً عن «التنبية على أصول وقواعد وضوابط جامعة نافعة» ذكر تحتها ٧٤ قاعدة وضابطاً^(٢) .

هـ - القواعد الكلية في مجلة الأحكام العدلية :

سارت القواعد الفقهية شوطاً ممتازاً ، وتقدمت خطوة جيدة في العصر الحديث ، وذلك من حيث الصياغة والتطبيق والشهرة ، والاعتماد عليها في الإطار التشريعي والقضائي ، فقد رأت اللجنة المكلفة بوضع مجلة الأحكام العدلية في المعاملات المالية من الأحكام الشرعية في الخلافة العثمانية ، رأت اللجنة أن تتوج عملها بوضع مقدمة لمواد

(١) نشرت هذه الرسالة لأول مرة في المؤسسة السعيدية بالرياض ، دون تاريخ ، وانظر : علماء نجد لابن بسام ٢/ ٤٢٢ .

(٢) طبع هذا الكتاب بمطبعة الإمام بمصر ، ثم طبع عدة مرات ، ولابن عبد الهادي الدمشقي الصالحي الحنبلي رسالة في القواعد والضوابط على المذهب الحنبلي ، كما جاء في رسالة الماجستير عن المؤلف للسيد صفوت عبد الهادي وكنت مشرفاً عليها ، وناقشها صيف ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م ، ونال بها درجة الماجستير في الفقه المقارن بجامعة أم درمان فرع دمشق .

المجلة بذكر القواعد الكلية ، في أولها ، للرجوع إليها ، والاعتماد عليها ، فأخذت القواعد التي جمعها ابن نجيم ، وأضافت إليها بعض القواعد الأخرى ، وعدلت في الصياغة والأسلوب .

وصدرت المجلة عام ١٢٨٦هـ ، وبدأ العمل بها عام ١٢٩٣هـ ، وفي أولها تسع وتسعون قاعدة ، كل قاعدة في مادة مستقلة ، من المادة الثانية إلى المادة المائة ، ولكنها جاءت غير مرتبة ، بحسب الحروف أو الأبواب الفقهية ، وإنما ذكرت بشكل عشوائي .

ونصت على الهدف والغرض من القواعد الكلية في نهاية المادة الأولى ، فقالت : «إلا أن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية ، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وتلك القواعد مسلمة ، معتبرة في الكتب الفقهية ، تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر ، فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ، ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان ، فلذا جُمِعَ تسعٌ وتسعون قاعدةً فقهية . . . » .

ثم قالت : «ثم إن بعض هذه القواعد ، وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات ، لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع ، كما أن بعضها يخصص ويقيد بعضاً»^(١) .

وتولى شراح المجلة البدء بشرح هذه القواعد ، وبيان أهميتها ، ودلالاتها ، والفروع الفقهية التي تدخل تحتها ، والمسائل الجزئية التي تتناولها ، والمستثنيات التي تخرج منها ، وكثير من هذه الشروح باللغة

(١) انظر : مرآة المجلة ، يوسف آصاف ٦/١ - ٧ ، شرح المجلة ، سليم رستم باز ١٧/١ تصوير دار الكتب العلمية - بيروت .

التركية ، وترجم بعضها أحياناً ، ووضعت شروح مستقلة باللغة العربية ،
منها :

١ - شرح المجلة ، للشيخ محمد خالد الأناسي ، والشيخ محمد طاهر
الأناسي ، والشرح مكون من ستة أجزاء ، وخصص الجزء الأول
منها للقواعد الكلية^(١) .

٢ - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ، تأليف علي حيدر ، وتعريب
فهمي الحسيني ، جزءان^(٢) .

٣ - شرح المجلة ، سليم رستم باز اللبناني ، وهو مجلد ضخيم يقع في
١٢٨٨ صفحة ، ومطبوع في جزأين أيضاً ، وفي أوله شرح القواعد
الفقهية^(٣) .

٤ - مرآة المجلة ، يوسف أصاف ، جزءان^(٤) .

٥ - شرح مجلة الأحكام العدلية ، للأستاذ محمد سعيد المحاسني ،
ثلاثة أجزاء^(٥) .

(١) الكتاب مطبوع بحمص - سورية سنة ١٩٣٠ ، ١٩٣١ م .

(٢) الكتاب مطبوع بحيفا - فلسطين ، المطبعة العباسية عام ١٩٢٥ م ، ومصور الآن في
أربع مجلدات .

(٣) الكتاب مطبوع ثلاث مرات ، والثالثة في بيروت - المطبعة الأدبية ١٩٢٣ م ، ثم
صورته حديثاً دار الكتب العلمية - بيروت - دون تاريخ وفي آخره (ص ١٢١٦ -
١٢٨٨) فهرس هجائي للألفاظ والمصطلحات الفقهية الواردة فيه ، مع تحديد
مواضعها وصفحاتها .

(٤) هذا الكتاب مطبوع بمصر في المطبعة العمومية عام ١٨٩٤ م .

(٥) هذا الكتاب مطبوع بدمشق في مطبعة الترقى عام ١٩٢٧ م .

٦ - شرح القواعد الفقهية ، للشيخ أحمد بن محمد الزرقا الحلبي (ت ١٣٥٧هـ) ، وهو شرح خاص بالقواعد الفقهية الواردة في مجلة الأحكام العدلية ، بمنهج سديد ، وذلك بتوضيح معنى القاعدة لغة ، مع شرح مصطلحاتها ، وبيان معناها والمراد منها ، ثم ذكر المسائل التطبيقية لها من فروع الحنفية حصراً ، ثم بيان المستثنيات من القاعدة ، وإضافة الفوائد الفقهية ، والتنبيهات الضرورية التي لها صلة بالقاعدة ، مع نسبة الآراء والأقوال والنصوص إلى الكتب المقتسبة منها ، لكن المؤلف لم يرتب هذه القواعد ، بل عرضها كما جاءت في المجلة بدون ترتيب^(١) .

٧ - القواعد الفقهية ، مع الشرح الموجز ، للأستاذ الشيخ عزت عبيد الدعاس ، وهو كتاب صغير في ٩٠ صفحة ، فيه مقدمة عن القواعد الفقهية ، ثم عرض لقواعد المجلة ، مع ترتيبها وتقسيمها إلى قواعد أساسية ، وقواعد متفرعة عنها ، وهو شرح موجز كما رسمه المؤلف لتوضيح معنى القاعدة باختصار ، وبيان أصلها أحياناً ، وذكر بعض الفروع التطبيقية ، وإيراد بعض المستثنيات^(٢) .

ويحسن الإشارة هنا إلى أن مجلة الأحكام العدلية كانت تمثل

(١) تم طبع هذا الكتاب حديثاً ولأول مرة بدار الغرب الإسلامي ، بيروت ، عام ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م ، ثم أعيد طبعه مرة ثانية بدار القلم - بدمشق سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م ثم الطبعة الثالثة بدار القلم أيضاً سنة ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م ، ومعلقاً عليها بقلم أستاذنا العلامة الجليل ، المحقق المدقق ، مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف) مع مقدمة عن القواعد الفقهية ، وملحق عن إضافة بعض القواعد .

(٢) الكتاب مطبوع مرتين ، ونشرته مكتبة الغزالي بحماة - سورية - الطبعة الثانية سنة ١٣٩٠هـ .

القانون المدني للمعاملات في ظل الدولة العثمانية ، وكانت تطبق على جميع الأقطار التي كانت تظلمها الدولة العثمانية ، ثم ألغيت المجلة بالتدريج في تركيا وسورية والعراق والكويت ، ولم تطبق أصلاً في مصر ، ووضع مكانها القوانين المدنية الأجنبية المستمدة من القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) وغيره ، مع تطعيمها بالفقه الإسلامي أحياناً ، وظلت المجلة مطبقة إلى عهد قريب في الأردن وفلسطين المحتلة وبعض الإمارات العربية ، ثم صدر في الأردن قانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي المحض ، وهو أول قانون مدني إسلامي ، ثم حذا حذوه قانون المعاملات في الإمارات العربية والسودان واليمن ، وكانت جميع هذه القوانين متوِّجة في أولها بالقواعد الفقهية السابقة ، كما اعتمدت هذه القواعد ، وهذه القوانين على أنها أوراق عمل أصلية ، في مشروع القانون المدني الموحد في إطار الجامعة العربية ، ولكنه لم يصدر حتى الآن ، كما وُضعت هذه القواعد سابقاً في صدر القانون المدني العراقي .

أما المملكة العربية السعودية فإنها تعتمد في المعاملات المدنية ، والمالية والقضائية على القول المعتمد في المذهب الحنبلي في المحاكم الشرعية ، وعلى الأنظمة الخاصة بالمجالات المتعددة الأخرى .

ونضيف لما سبق ثلاثة أمور ظهرت حديثاً قبل نهاية القرن العشرين وفي مطلع من القرن الخامس عشر الهجري ، وهي :

١ - القواعد الفقهية ، مفهومها ، نشأتها ، تطورها ، دراسة مؤلفاتها ، أدلتها ، مهمتها ، تطبيقاتها ، لعلي أحمد الندوي ، وهي رسالة

حصل بها المؤلف على شهادة الماجستير في الفقه الإسلامي ، وهي دراسة قيمة ونافعة ومفيدة عن القواعد الفقهية^(١) .

٢ - كثر الاهتمام بتحقيق كتب القواعد الفقهية ، وكتب الأشباه والنظائر في مختلف المذاهب ، وتقرر تدريسها في المعاهد الدينية ، وكليات الشريعة ، والدراسات العليا ، ثم اتجهت الأنظار إلى استخراج القواعد الفقهية الماثورة في كتب الفقه المذهبي ، أو كتب الفقه العام ، منها رسالة «القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية» للطالب سعيد جمعة ، في المعهد العالي لأصول الدين بمدينة الجزائر ، ونوقشت في مايو/ أيار ١٩٩٦م ، للحصول على الماجستير ، ثم رسالة السيد/ علي أحمد الندوي ، السابق ، عن استخراج القواعد الفقهية من كتاب «التحرير» للحصيري في الفقه الحنفي ، وحصل بها على شهادة الدكتوراة^(٢) ، ومثل ذلك كثير والحمد لله ، ولا تزال الجهود متجهة للعناية بالقواعد الفقهية والاستفادة منها .

٣ - مَعْلَمَةُ القواعد الفقهية : وهو مشروع مهم وكبير يقوم به مجمع الفقه الإسلامي ، التابع لمنظمة الفقه الإسلامي بجدة ، وهو خطوة جبارة وشاملة لجمع القواعد الفقهية من أمهات كتب الفقه

(١) طبع هذا الكتاب بدار القلم بدمشق سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م ، ثم تم تنقيح الرسالة والزيادة عليها ، وطبعت مرة ثانية ، ثم طبعة ثالثة بدار القلم بدمشق سنة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .

(٢) الكتاب بعنوان «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحصيري» وطبع بدار المدني بمصر ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ .

الإسلامي في المذاهب الثمانية ، مع القواعد الفقهية الموجود في كتب القواعد .

ويشارك في هذا العمل عدد من العلماء من مختلف البلاد العربية والإسلامية ، وقد كلفت شخصياً باستخراج القواعد الفقهية من كتاب «الأم» للإمام الشافعي ، وأنجزت العمل وسلمته في صيف ١٩٩٦ ، كما تم استخراج القواعد الفقهية من كتاب «المغني» لابن قدامة ، و«المبسوط» للسرخسي ، وغيرها ، ونأمل إنجاز هذا العمل المبارك الخير ، لجمع أكبر موسوعة في القواعد الفقهية ، ليعود النفع للناس جميعاً .

عاشراً: فوائد:

هذه فوائد أخرى من كتاب «الأشباه والنظائر» للسيوطي ، ومن غيره ، رأينا إثباتها مع تصرف يسير .

الفائدة الأولى: نشأة القواعد الفقهية:

قال الجلال السيوطي رحمه الله تعالى : حكى القاضي أبو سعيد الهروي : أن بعض أئمة الحنفية بهراة بلغه أن الإمام أبا طاهر الدباس إمام الحنفية بما وراء النهر ردّ جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة ، فسافر إليه ، وكان أبو طاهر ضريراً (أعمى) ، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه ، فالتفّ الهروي بحصير ، وخرج الناس ، وأغلق أبو طاهر المسجد ، وسرد من تلك القواعد سبعاً ،

فحصلت للهروي سعة ، فأحس به أبو طاهر ، فضربه ، وأخرجه من المسجد ، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك ، فرجع الهروي إلى أصحابه ، وتلا عليهم تلك السبع .

قال أبو سعيد : فلما بلغ القاضي حسناً ذلك ردَّ جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد :

الأولى : اليقين لا يزول بالشك .

الثانية : المشقة تجلب التيسير .

الثالثة : الضرر يزال .

الرابعة : العادة محكمة .

قال بعض المتأخرين : في كون هذه الأربع دعائم الفقه كله ، نظر ، فإن غالبه لا يرجع إليها إلا بواسطة تكلف .

وضمَّ بعض الفضلاء إلى هذه قاعدة خامسة ، وهي «الأمور بمقاصدها» لقوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات» ، وقال : «بُني الإسلام على خمس» والفقه على خمس ، قال العلائي : وهو حسن جداً ، فقد قال الإمام الشافعي : «يدخل في هذا الحديث ثلث العلم» يعني حديث «إنما الأعمال بالنيات» .

وقال الشيخ تاج الدين السبكي : «التحقيق عندي أنه إن أريد رجوع الفقه إلى خمس بتعسف وتكلف وقول جملي (غير تفصيلي) فالخامسة داخلة في الأولى ، بل رجع الشيخ عز الدين بن عبد السلام الفقه كله إلى اعتبار المصالح ودرء المفساد ، بل قد يرجع الكل إلى اعتبار

المصالح ، فإن درء المفسد من جملتها ، ويقال على هذا : واحدة من هؤلاء الخمس كافية ، والأشبه أنها الثالثة ، وإن أريد الرجوع بوضوح فإنها تربو على الخمسين ، بل على المئتين» (١).

الفائدة الثانية: طرق وضع القواعد:

للعلماء في وضع القواعد طريقتان :

الأولى : أن يضع القواعد التي تعين المجتهد على استنباط الأحكام من مصادرها ، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وهذا هو المسمى : بأصول الفقه ، وكان أول من وضع خطة البحث فيه الإمام الشافعي رحمه الله تعالى ، فصنف كتابه «الرسالة» وتبعه كل من جاء بعده من علماء المذاهب الأخرى .

الطريقة الثانية : استخراج القواعد العامة الفقهية لكل باب من أبواب الفقه ومناقشتها وتطبيق الفروع عليها ، فيستنتج (أي يستنبط) قواعد البيع العامة مثلاً ، ويبين مسلك التطبيق عليها ، وهي الضوابط ، ثم عمم ذلك على مختلف العقود ، فصارت قواعد (٢) .

الفائدة الثالثة: تاريخ القواعد الفقهية عند الشافعية:

أول من فتح هذا الباب سلطان العلماء عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام حيث رجع الفقه كله إلى قاعدة واحدة ، وهي اعتبار

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨ ، المجموع المذهب ٢٥٢/١ ، إيضاح القواعد الفقهية ص ٧ .

(٢) الفروق ، للقرافي ٢/١ ، إيضاح القواعد الفقهية ص ٨ .

المصالح ودرء المفاسد ، وألف في ذلك كتابين يدعى أحدهما بالقواعد الصغرى ، والآخر بالقواعد الكبرى ، كما قاله السيوطي في «الأشباه والنظائر النحوية» .

ثم جاء العلامة بدر الدين محمد الزركشي فتبعه في «القواعد» وألف كتاباً ضمنه القواعد الفقهية ، وقبله كان الشيخ صدر الدين محمد ابن عمر المعروف بابن الوكيل المتوفى سنة ٧١٦هـ رحمه الله تعالى ألف كتاباً في «الأشباه والنظائر» تبع فيه ابن عبد السلام .

ثم جاء التاج السبكي فحرر كتاب ابن الوكيل في ذلك بإشارة من والده التقي السبكي ، وجمع أقسام الفقه وأنواعه ، ولم يجتمع ذلك في كتاب سواه .

ثم جاء العلامة سراج الدين عمر بن علي بن الملقن الشافعي المتوفى سنة ٨٠٤هـ ، فألف كتاباً في «الأشباه والنظائر» ، والتقطه خفية من كتاب التاج السبكي رحمه الله تعالى .

ثم جاء الإمام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي فنقح جملة من القواعد في كتابه «شوارد الفوائد في الضوابط والقواعد» ثم عمد إلى كتاب أوسع يضم جملة من العلوم الفقهية ، يقال لمجموعها «الأشباه والنظائر»^(١) .

الفائدة الرابعة: المبادئ العشرة لعلم القواعد الفقهية:

(١) إيضاح القواعد الفقهية ص ٨ - ٩ .

ينبغي لكل طالب في أي علم أن يتصوره حتى يكون على بصيرة
ما في تطلبه ، أو على بصيرة تامة ، وذلك بمعرفة مبادئه العشرة التي
نظمها العلامة الصبان في قوله :

إن مبادي كل فن عشرة الحَدُّ والموضوع ثم الثمرة
وفضله ونسبة والواضع والاسم ، الاستمداد ؛ حكم الشارع
مسائل ، والبعض بالبعض اكتفى ومن درى الجميع حاز الشرفا

١ - فحد هذا العلم : قانون تعرف به أحكام الحوادث التي لا نص
عليها في كتاب أو سنة أو إجماع .

٢ - وموضوعه : القواعد ، والفقه من حيث استخراجها من القواعد .

٣ - وثمرته : السهولة في معرفة أحكام الوقائع الحادثة التي لا نص
فيها ، وإمكان الإحاطة بالفروع المنتشرة في أقرب وقت ، وأسهل
طريق على وجه يؤمن معه التشويش والاضطراب .

٤ - وفضله : أنه أشرف العلوم بعد علم التوحيد ، كما شهد به ﷺ
حيث قال : «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» ومعنى ذلك :
التفقه في الفروع المحتاج إليها ، والقواعد ، إذ التفقه في الفروع
كلها من لدن بعثة نبينا محمد ﷺ إلى آخر الزمان عسير جداً ،
حيث إن الوقائع تتجدد بتجدد الزمان كما لا يخفى ، فالمراد إذن
التفقه ببعض الفروع ، والإحاطة بالقواعد .

٥ - ونسبته : أنه نوع من أنواع علم الفقه ، وفرع من علم التوحيد ،
وبقية العلوم المبينة .

٦ - وواضعه : الراسخون في الفروع ، إلا أنه كان منتشرأً خلال الأسفار (الكتب) وعلى أفواه الرجال ، حتى جاء الإمام أبو طاهر الدباس ، والقاضي حسين ، فاعتنيا به ، وأشاعاه ، وابن عبد السلام فألف فيه .

٧ - واسمه : علم القواعد الفقهية ، وعلم الأشباه والنظائر .

٨ - واستمداده : من الكتاب والسنة وآثار الصحابة وأقوال المجتهدين .

٩ - وحكمه : الوجوب الكفائي على أهل كل بلدة ، والعيني على من ينتصب للقضاء .

١٠ - ومسائله : وهي قضاياها أي القواعد الباحثة عن أحوال الفروع من حيث التطبيق والاستثمار^(١) .

الفائدة الخامسة: القواعد والضوابط والمدارك:

قال التاج السبكي في «قواعده» : «القاعدة : الأمر^(٢) الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها^(٣) ، ومنها مالا يختص

(١) إيضاح القواعد الفقهية ص ٩ - ١٠ .

(٢) الأمر : المراد به القضية الكلية ، أي : المحكوم فيها على كل فرد فرد .

(٣) أي تعرف أحكام جزئيات موضوع القاعدة من القاعدة ، وكيفية ذلك : أن تجعل القاعدة كبرى قياس ، وتضم إليها صغرى سهلة الحصول ، موضوعها جزئي من جزئيات موضوع القاعدة ، ومحمولها نفس موضوع القاعدة ، فتخرج النتيجة ناطقة بحكم ذلك الجزئي ، فتقول مثلاً : الطهارة المتيقنة مع شك في ضدها يقين مقرون بشك ، وكل يقين هذا شأنه لا يزال بالشك ، ينتج : الطهارة المتيقنة لا تزال بالشك في ضدها .

بياب ، كقولنا : «اليقين لا يزول بالشك»^(١) ، ومنها ما يختص ، كقولنا : «كل كفارة»^(٢) سببها معصية فهي على الفور»^(٣) .

والغالب فيما اختص بياب وقصد به نظم صور^(٤) متشابهة أن يسمى : ضابطاً ، وإن شئت قلت : ما عمَّ صوراً فإن كان المقصود من ذكره القدر المشترك الذي به اشتركت الصور في الحكم فهو المُدْرَك^(٥) ،

(١) قال السيوطي عن هذه القاعدة : «تدخل في جميع أبواب الفقه ، وإن المسائل المخرّجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر» ، وسيأتي بعضها (الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٦) .

(٢) المراد الكفارة العظمى ، وهي أربع : كفارة ظهار ، وقتل ، وجماع نهار رمضان ، ويمين ، فخرجت الصغرى المخففة ، وأنواعها ثلاثة : مد ، مُدَّان ، دم .

(٣) أي واجبة على الفور والحال ، ولا يجوز تأخيرها في القتل ، وجماع نهار رمضان ، وفيما لو عصى بالحنث ، وفي الظهار عند إرادة الوطء بخلاف غير ذلك ، كما لو كان الحنث طاعة أو مباحاً ، وكأنواع الفدية ، فإنها على التراخي .

(٤) أي جمعها وحصرها ، سواء مع استثناء شيء أو عدمه ، مثال ذلك قول الماوردي : «ليس في أعضاء الطهارة عضوان لا يستحب تقديم الأيمن منهما إلا الأذنين ، فإنه يستحب مسحهما دفعة واحدة» ، وقول الإمام النووي في «روضته» نقلاً عن الجرجاني : «كل من صح إحرامه بالفرض صح إحرامه بالنفل إلا ثلاثة : فاقد الطهورين ، وفاقد السترة ، ومن عليه نجاسة عجز عن إزالتها» ، وقول المحاملي : «الحجر أربعة أقسام : أحدها : يثبت بلا حاكم ، وينفك بدونه ، وهو حجر المجنون والمغمى عليه ، والثاني : لا يثبت إلا بحاكم ولا يرتفع إلا به ، وهو حجر السفه ، والثالث : لا يثبت إلا بحاكم وفي انفكاكه وجهان ، وهو حجر المفلس ، والرابع : ما يثبت بدونه ، وفي انفكاكه وجهان ، وهو حجر الصبي إذا بلغ رشيداً» انظر : الحاوي للماوردي ١/ ١٤٧ .

(٥) المُدْرَك : بضم الميم ، أي موضع الإدراك ، والمراد منه : ما يدرك منه الحكم من نحو دليل ، والشائع على لسان الفقهاء فتحها ، قال في «المصباح» : «وليس لتخريجه وجه» ، قال العلامة الكردي : «المدارك : هي الأدلة التفصيلية» مثال ذلك قوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات» فهذا حديث يعم صوراً كثيرة ، وكان المقصود منه ←

والإلا^(١) فإن كان القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر إلى مأخذها فهو الضابط ، وإلا^(٢) فهو القاعدة^(٣) .



→ القدر المشترك الذي اشتركت تلك الصور بسببه في حكم هو الوجوب ، فالصور هنا : الوضوء ، والغسل ، والتيمم ، والصلاة بأنواعها ، والإمامة ، والاقتداء ، والحج ، والعمرة ، والطواف ، والقدر الذي اشتركت بسببه في الحكم هو الحديث المذكور ، أو كونها من أعمال الجوارح .

(١) أي إن لم يكن المقصود من ذكره القدر المشترك ، بل كان المقصود منه ضبط تلك الصور بنوع من أنواع الضبط ، فيسمى الضابط ، وله أمثلة كثيرة .

(٢) أي إن لم يكن القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع الضبط ، بأن كان القصد الضبط التام لجميع الصور ، فيسمى القاعدة ، مثال ذلك قولهم : «اليقين لا يزال بالشك» فإنه قصد بذكره الضبط التام لصور اليقين الكثيرة في أنها محكوم عليها بحكم ، وهو أنها لا تزال بالشك ، وذلك لأن اليقين أصل ، والشك عارض ، فلا يكون مرجحاً بجانب الأصل ، ولا يزال الأصل به ، وقول الأصوليين : كل أمر يقتضي الوجوب حقيقة ، فإنه قصد بذكره الضبط التام لصور الأمر الكثيرة في أنها محكوم عليها بحكم هو اقتضاء الوجوب حقيقة ، وذلك لأن الأمر موضوع للطلب الجازم ، ومثل ذلك قولهم : كل كفارة سببها معصية فهي على الفور ، فالصور هي : كفارة الظهار ، وكفارة القتل ، وكفارة جماع نهار رمضان ، وكفارة حنث اليمين ، والقدر التي اشتركت فيه هو كون سببها معصية ، والحكم هو الوجوب فوراً .

(٣) إيضاح القواعد الفقهية ص ١٠ - ١٢ ، المجموع المذهب ٢٨/١ ، ٣١ ، ٣٨ .

الباب الأول
القواعد الفقهية الأساسية

الباب الأول

القواعد الفقهية الأساسية

إن بعض القواعد الفقهية أعم وأشمل من بعضها الآخر ، وإن قسماً منها يدخل تحت قاعدة أخرى ، ولذلك تقسم القواعد إلى صنفين : قواعد أصلية ، وقواعد فرعية تنضوي تحت القواعد الأصلية .

والقواعد الأصلية قسمان ، الأول : قواعد أساسية بالنسبة إلى غيرها لعمومها وشمولها ، وأهميتها ، وحاول بعض الفقهاء إرجاع جميع الفروع إليها^(١) ، وتبناها جميع الفقهاء في مختلف المذاهب ووضعوها في كتبهم المذهبية ، وهي :

- ١ - الأمور بمقاصدها .
- ٢ - اليقين لا يزول بالشك .
- ٣ - المشقة تجلب التيسير .
- ٤ - الضرر يزال .
- ٥ - العادة محكمة .

والقسم الثاني : قواعد أصلية كلية تأتي في الدرجة الثانية بعد الخمس الأولى .

ونبدأ بالقواعد الفقهية الأساسية ، ونخصص لها هذا الباب ، ونذكر تحت كل قاعدة ما يتفرع عنها من قواعد كلية عامة ، وقواعد مختلف فيها ، ليكون الموضوع متكاملأ .

(١) الأشباه والنظائر ، للسيوطي ص ٧ ، المجموع المذهب ١/ ٢٥٢ - ٢٥٥ .

القاعدة الأساسية الأولى: [١]

الأمور بمقاصدها (م/ ٢)

التوضيح :

الأمور : جمع أمر ، وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها ، ومنه قوله تعالى : ﴿قُلْ إِنْ أَمَرَ كُلُّهُ لِّلَّهِ﴾ (آل عمران/ ١٥٤) وقوله تعالى ﴿إِلَيْهِ يَرْجِعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ﴾ (هود/ ١٢٣) وقوله تعالى : ﴿وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ (هود/ ٩٧) أي ما هو عليه من قول أو فعل .

والكلام على تقدير مقتضى ، أي أحكام الأمور بمقاصدها ، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها ، ولذا فسرت المجلة القاعدة بقولها : «يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر ، فالأمور بمقاصدها أي الشؤون مرتبطة بنياتها ، وإن الحكم الذي يترتب على فعل المكلف ينظر فيه إلى مقصده فعلى حسبه يترتب الحكم تملكاً وعدمه ، ثواباً وعدمه ، عقاباً وعدمه ، مؤاخذه وعدمها ، ضماناً وعدمه» .

والأصل في هذه القاعدة قوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات» وهذا حديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(١) ، وتواتر النقل عن الأئمة في تعظيم حديث

(١) صحيح البخاري (٣/١) صحيح مسلم (٥٣/١٣) مسند أحمد (٢٥/١) سنن أبي داود (٥١٠/١) جامع الترمذي (٢٨٣/٥) سنن النسائي (١٢/٧) سنن ابن ماجه (١٤١٣/٢) الترغيب والترهيب للمنذري (٥٧/١)

النية ، وأنه لا شيء أجمع ، وأغنى ، وأكثر فائدة منه ، وأنه ثلث العلم ، ويدخل في سبعين باباً في الفقه^(١) ، والنية محلها القلب في كل موضع ، وحقيقتها : قصد الشيء مقترناً بفعله ، ووقتها في أول العبادة غالباً ، والفعل عامة ، وتختلف كيفيتهما باختلاف الأبواب ، ويشترط فيها : التمييز ، والعلم بالمنوي مطابقاً للواقع ، وعدم المنافي ، ويزيد في النية العبادات الإسلامية ، ويعتبر المقصد والنية على نية الالفاظ في اليمين ، والاعتكاف ، والنذر ، والحج ، ونحوها إلا في اليمين الواجبة عند القاضي فتكون على نية القاضي .

التطبيقات:

هذه القاعدة تجري في المعاوضات والتملكيات المالية ، والإبراء ، والوكالات ، وإحراز المباحات . والضمانات والأمانات والعقوبات .

١ - أما المعاوضات والتملكيات المالية : كالبيع والشراء والإجارة والصلح والهبة ، فإنها كلها عند إطلاقها - أي إذا لم يقترن بها ما يقصد به إخراجها عند إفادة ما وضعت له - تفيد حكمها ، وهو الأثر المترتب عليها في التملك والتملك .

لكن إن اقترن بهذه المعاوضات ما يخرجها عن إفادة هذا الحكم كالهزل ، والاستهزاء ، والمواضعة ، والتلجئة ، فإنه يسلبها إفادة حكمها المذكور ، وإذا أراد بالفاظها النكاح مثلاً كانت نكاحاً ، لكن يشترط في الإجارة أو الصلح أن تكون المرأة بدلاً ليكون نكاحاً ،

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠ ، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٥٥ ، المجموع المذهب ٢٥٦/١ .

فلو كانت في الإجارة معقوداً عليها لا تكون نكاحاً ، وفي الصلح لو كانت مصالحةً عنها ، بأن ادعى عليها النكاح ، فأنكرت ، ثم صالحت المدعي على مال دفعته له ليكف عنها ، صح وكان خلعاً ، ومن باع أو شرى وهو هازل فإنه لا يترتب على عقده تملك ولا تملك^(١) .

٢ - أما الإبراء : فكما لو قال الطالب للكفيل ، أو قال المحال للمحتال عليه : برئت من المال الذي كفلت به ، أو المال الذي أحلت به عليك ، أو قال : برئت إلي منه ، وكان الطالب أو المحال حاضراً ، فإنه يرجع إليه في بيان قصده من هذا اللفظ ، فإن كان قصد براءة القبض والاستيفاء منه ، كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه لو الكفالة بالأمر ، وكان للمحال عليه أن يرجع على المحيل لو لم يكن للمحيل دين عليه ، وإن كان قصد من ذلك براءة الإسقاط فلا رجوع لواحد منهما .

أما إن كان الطالب أو المحال غير حاضر ، ففي قوله : «برئت إلي» لا نزاع في أنه يحمل على براءة الاستيفاء ، وكذلك في قوله «برئت» عند أبي يوسف ، فإنه جعله كالأول ، وهو المرجح^(٢) .

٣ - أما الوكالات : فلو وكل إنسان غيره بشراء فرس معين ، أو نحوه ، فاشتري الوكيل فرساً ، ففيه تفصيل ، إن كان نوى شراءه للموكل ، أو أضاف العقد إلى دراهم الموكل ، فيقع الشراء للموكل ، وإن نوى الشراء لنفسه ، أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه فيقع الشراء

(١) شرح القواعد الفقهية ص ٤٧ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ٤٨ .

لنفسه ، وكذا لو أضاف العقد إلى دراهم مطلقة ، فإذا نوى بها دراهم الموكل يقع الشراء للموكل ، وإن نوى بها دراهم نفسه يقع لنفسه ، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد ، فيحكم بالفرس لمن وقع نقد الثمن من ماله ، لأن في النقد من أحد المالين دلالة ظاهرة على أنه أراد الشراء لصاحبه^(١) .

٤ - أما الإحرازات : وهي استملاك الأشياء المباحة ، فإن النية والقصد شرط في إفادتها الملك ، فلو وضع إنسان وعاءً في مكان ، فاجتمع فيه ماء المطر ، ينظر : فإن كان وضعه خصيصاً لجمع الماء يكون ما اجتمع فيه ملكه ، وإن وضعه بغير هذا القصد ، فما اجتمع فيه لا يكون ملكه ، ولغيره حينئذ أن يملكه بالأخذ ، لأن الحكم وهو الملك لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد .

وكذلك الصيد ، فلو وقع الصيد في شبكة إنسان أو حفرة من أرضه ينظر : فإن كان نشر الشبكة أو حفر الحفرة لأجل الاصطياد بهما فإن الصيد ملكه ، وليس لأحد أن يأخذه ، وإن كان نشر الشبكة لتجفيفها مثلاً ، أو حفر الحفرة لأجل الاصطياد ، فإنه لا يملكه ، ولغيره أن يستملكه بالأخذ (م/١٣٠٣) (٢) .

٥ - وأما الضمانات والأمانات فمسائلها كثيرة :

(أ) منها اللقطة : فإن التقطها ملتقط بنية حفظها لمالكها كانت أمانة ، لا تضمن إلا بالتعدي ، وإن التقطها بنية أخذها لنفسه

(١) المرجع السابق ص ٤٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٩ .

كان تلفها ، والقول للملتقط يمينه في النية لو اختلفا .

وكذا لو التقطها ثم ردّها إلى مكانها ، فإن كان التقطها للتعريف لم يضمن بردها لمكانها ، سواء ردها قبل أن يذهب بها أو بعده ، وسواء خاف بإعادتها هلاكها أو لا ، وإن كان التقطها لنفسه لا يبرأ بإعادتها لمكانها ما لم يردها لمالكها^(١) .

ب - ومنها الوديعة ، فإن المودع إذا استعملها ثم تركها بنية العود إلى استعمالها لا يبرأ عن ضمانها ، لأن تعديه باق ، وإن كان تركها بنية عدم العود إلى استعمالها يبرأ ، ولكن لا يصدق في ذلك إلا بيينة ، لأنه أقر بموجب الضمان ، ثم ادعى البراءة^(٢) . وهذا إذا كان تعديه عليها بغير الحجر أو المنع عن المالك ، فإن كان بأحد هذين ، فإنه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك ، وإن أزال تعديه بالاعتراف بها^(٣) .

وكذلك كل أمين من قبل المالك إذا تعدى ثم أزال التعدي بنيته (أن لا يعود إليه) فإنه يبرأ عن الضمان ، فلو لم يكن مسلطاً من قبل المالك أصلاً ، أو كان مسلطاً في مدة معينة وانتهت ثم تعدى ثم أزال تعديه وعاد إلى الحفظ لا يبرأ ، كما لو كان مأموراً بحفظ شهر ، فمضى شهر ، ثم استعمل الوديعة ثم ترك الاستعمال ، وعاد إلى الحفظ لا يبرأ ؛ إذ عاد

(١) المرجع السابق ، إيضاح القواعد ص ٩ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ٥٠ .

(٣) المرجع السابق .

الوديعة ثم ترك الاستعمال ، وعاد إلى الحفظ لا يبرأ ؛ إذ عاد وأمر الحفظ غير قائم^(١) .

(ج) الوكيل بالبيع لو خالف بأن استعمله ، أو دفع الثوب إلى قصار ليقصره حتى صار ضامناً ، فلو عاد إلى الوفاق يبرأ كمودع ، والوكالة باقية في بيعه^(٢) .

واستثنوا من الأمانة : المستعير لأجل الانتفاع ، والمستأجر ، والأجير ، فإن كلا منهما لو عاد إلى الوفاق لا يبرأ ، فإذا تعدوا على العين المستعارة أو المستأجرة ، ثم تركا التعدي بنية عدم العود إليه لا يبرؤون عن الضمان إلا بالرد على المالك ، ومثل ذلك كل أمين كانت يده يد استحفاظ من المالك ، كوارث المودع ، ومن ألقى الريح ثوباً في داره^(٣) .

٦ - وأما العقوبات ، فكالقصاص ، فإنه يتوقف على قصد القاتل ، وتقام الآلة المفارقة للأجزاء مقام قصد القتل ، لأن هذا القصد لا يمكن الوقوف عليه ، ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه ، ويتوقف على أن يقصد قتل نفس المقتول لا غير ، فلو لم يقصد القتل أصلاً ، أو قصد القتل ، ولكن أراد غير المقتول ، فأصاب المقتول ، فإنه لا يقتص منه في شيء من ذلك ، بل تجب الدية ، ويكون القتل خطأ ، سواء كان ما قصده مباحاً ، كما لو أراد قتل صيد ، أو إنسان مباح الدم ، فأصاب آخر محترم الدم ، أو كان ما

(١) شرح القواعد الفقهية ص ٥٠ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق ص ٥١ .

قصده محظوراً ، كما لو أراد قتل شخص محترم الدم فأصاب آخر مثله^(١) .

٧ - من قال : خذ هذه الدراهم ، فإن نوى التبرع بها كان هبة ، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة^(٢) .

٨ - من قال لزوجته : أنت عليّ كظهر أمي ، ينظر إلى نيته ، فإن نوى الظهار فمظاهر ، وإن نوى الكرامة ، كانت كرامة ، وإن نوى الطلاق كان طلاقاً ؛ لأن اللفظ يحتمل كل ذلك (الدعاس : ص ٩) .

٩ - العبادات ، والنية أساس فيها ، ولتمييز العبادات من العادات ، وتمييز رتب العبادات ، كالوضوء والغسل يتردد بين التنظيف والتبريد والعبادة ، والإمساك عن المفطرات قد يكون للحمية والتداوي ، أو لعدم الحاجة إليها ، أو لفقدان الطعام ، والجلوس في المسجد قد يكون للاستراحة ، فشرعت النية لتمييز العبادة والقربة من غيرها .

والوضوء ، والغسل ، والصوم ، ونحوها قد يكون فرضاً ونذراً ونفلًا ، والتميم قد يكون عند الحدث ، أو الجنابة والصورة واحدة ، فشرعت النية لتمييز رتب العبادات بعضها من بعض^(٣) .

١٠ - قال لزوجته : أنت عليّ حرام وينوي الطلاق والظهار ، فالأصح أنه يخير بينهما فما اختاره ثبت^(٤) .

(١) المرجع السابق ، القواعد الفقهية ص ٩ .

(٢) القواعد الفقهية للدعاس ص ٩ .

(٣) إيضاح القواعد ص ٦ .

(٤) المرجع السابق ص ١٨ .

- ١١ - أحيا أرضاً بنية جعلها مسجداً فإنها تصير مسجداً بمجرد النية^(١) .
- ١٢ - حلف أن لا يسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم ، واستثناه بالنية ، فإنه لا يحنث^(٢) .
- ١٣ - المنقطع عن الجماعة لعذر من أعذارها إذا كان نيته حضورها لولا العذر يحصل له ثوابها ، والأحاديث الصحيحة تدل لذلك^(٣) .

المستثنى:

- ١ - إن هذه القاعدة لا تجري بين أمرين مباحين ، لا تختلف بالقصد صفتيهما ، كما لو وقع الخلاف في كون المبيع صدر هزلاً ، أو مواضعة مثلاً ، لأن اختلاف القصد بين الهزل والمواضعة لا يترتب عليه ثمرة ؛ إذ كل منهما لا يفيد تمليكاً ولا تملكاً .
- بل تجري القاعدة بين أمرين مباحين تختلف صفتيهما بالقصد ، كما لو دار الأمر بين البيع المراد حكمه ، وبين بيع المواضعة ونحوه ، وتجري بين مباح ومحذور ، كاللقة بنية حفظها لمالكها مباح ، وبنية أخذها لنفسه محذور ، ولبس ثوب الوديعه ثم نزعها ، فإن العود إلى لبسه محذور ، وعدم العود إلى لبسه مطلوب^(٤) .
- ٢ - لا تشترط النية في عبادة لا تكون عادة ، أو لا تلتبس بغيرها ، كالإيمان بالله تعالى ، والخوف ، والرجاء ، والنية ، وقراءة القرآن ، والأذكار ، لأنها متميزة بصورتها (الحجبي : ص ١٤) .

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق ص ٢٧ .

(٤) شرح القواعد الفقهية ص ١١ .

٣ - لا تشترط النية في التروك ، كالزنى ، وشرب الخمر ، والسرقه ، وغيرها ، فإن الترك لا يحتاج إلى نية لحصول المقصود منها ، وهو اجتناب المنهي عنه بكونه لم يوجد ، وإن لم يكن نية .
لكن الترك يحتاج إلى نية في حصول الثواب المترتب على الترك .
(اللحجي : ص ١٤) .

٤ - الخطأ في النية لا يضر أحياناً ، وضابطه : ما يجب التعرض له في النية جملة ، ولا يشترط تعيينه ، فإن عينه فلا يضر ، كما لو نوى رفع حدث النوم مثلاً ، وكان حدثه غيره كمس المرأة ، أو نوى رفع جنابة الجماع ، وجنابته باحتلام وعكسه ، أو رفع حدث الحيض وحدثها الجنابة أو عكسه ، خطأ ، لم يضر ، وصح الوضوء والغسل في الأصح (اللحجي : ص ١٥) .

وسبب الاستثناء والخروج على القاعدة أن النية في الوضوء والغسل ليست للقربة ، بل للتمييز بين العبادة والعادة ، ولأن الأحداث وإن تعددت أسبابها ، فالمقصود منها واحد ، وهو المنع من الصلاة ، ولا أثر لأسبابها من نوم أو غيره . (اللحجي : ص ١٥) .

٥ - نوى المحدث غسل أعضائه الأربعة عن الجنابة غلطاً ظاناً أنه جنب صح وضوءه (اللحجي : ص ١٥) .

٦ - ذبح أضحية لله تعالى ، وللصنم ، فتحرم الذبيحة بانضمام النية للصنم ، لأنه تشريك في نية عبادة مع ما ليس بعبادة فيبطلها ، ولا يضر التشريك في النية في صور كثيرة كما لو نوى الوضوء أو

الغسل والتبرد صح الوضوء والغسل ، أو نوى الصوم والحمية أو التداوي صح صومه ، أو نوى الصلاة ودفع غريمه صحت صلاته ، أو نوى الطواف وملازمة غريمه أو السعي خلفه صح طوافه ، أو قرأ في الصلاة آية وقصد بها القراءة والتفهم فإنها لا تبطل ، ولو قال له إنسان : صَلِّ الظهر ولك دينار ، فصلى بهذه النية تجزئه صلاته ، ولا يستحق الدينار (الالحجي : ص ١٦) .

٧ - كَبَّرَ المسبوق ، والإمام راع ، تكبيرة واحدة ، ونوى بها التحرم والهوي إلى الركوع لم تنعقد الصلاة أصلاً للتشريك ، وكذا إذا نوى بصلاته الفرض والراتبة لم تنعقد أصلاً (الالحجي : ص ١٧) .

٨ - لا تكفي النية أحياناً ، ويشترط معها التلفظ باللسان بالمنوي ، فلو نوى أصل الطلاق ، أو عدداً منه ، ولم يتلفظ بذلك فلا وقوع ، ولو نوى النذر بقلبه ولم يتلفظ به لم ينعقد ، ومن اشترى شاة بنية الأضحية ، أو الإهداء للحرم ، فلا تصير أضحية ولا هدياً على الصحيح حتى يتلفظ بذلك ، وإذا باع سلعة بألف ، وفي البلد نقود لا غالب فيها ، فقبل المشتري ، ونوياً نوعاً لم يصح في الأصح حتى يبيناه لفظاً ، ولو قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت إن شاء الله ، لم يقبل حتى يتلفظ بذلك ، ومن همَّ بقول معصية ولم يتلفظ به لم يأثم ما لم يقل ، فإن قال بعد الهمَّ أثم بها أيضاً (الالحجي : ص ١٩) .

٩ - لا تؤثر نية قطع العبادات أحياناً ، فمن نوى قطع الفاتحة ، ولم يسكت لا تبطل صلاته ، ومن نوى الإقامة وقطع السفر ، فإن كان

سائراً لم يؤثر ؛ لأن السير يكذبها ، ولو نوى بمال القنية التجارة لم يؤثر في الأصح ، ولا تجب زكاة التجارة إلا إذا شرع بها في هذه الحالة ، ومن نوى قطع الصوم والاعتكاف لم يبطل في الأصح ، ومن نوى الأكل والجماع في الصوم لم يضره ، ومن نوى فعل مناف في الصلاة كالأكل والعمل الكثير لم تبطل قبل الشروع فيه ، ومن نوى قطع الحج والعمرة لم يبطل بلا خلاف ، لأنه لا يخرج منهما بالفساد ، ومن نوى الخيانة في الوديعة لم يضمن على الصحيح ، إلا أن يتصل به نقل من الحرز (الالحجي : ص ٢٣) .

١٠ - تصح النية مع التردد والتعليق في صور ، كمن اشتبه عليه ماء وماء ورد لا يجتهد ويتوضأ بكل مرة ، ويغتفر التردد في النية للضرورة كمن عليه صلاة من الخمس فنسيها ، فصلى الخمس ثم تذكرها ، لا تجب الإعادة ، ومن عليه صوم واجب لا يدري هل هو من رمضان أو نذر أو كفارة ، فنوى صوماً واجباً أجزأه ، ويُعذر في عدم جزم النية للضرورة .

ومن صور التعليق : ما إذا علق إحرامه على إحرام صاحبه ، كأن يقول : إن كان زيد محرماً فقد أحرمتُ ، فإن تبين إحرام صاحبه انعقد إحرامه ، وإلا فلا ، ولو أحرم ليلة الثلاثين من رمضان وهو شك ، فقال : إن كان من رمضان فأحرامي بعمرة ، وإن كان من شوال فأحرامي بحج ، فكان من شوال صح ، ومن شك في قصر إمامه ، فقال : إن قصر قصر ، وإلا أتممت فبان قاصراً قصر ، وإن اختلط موتى مسلمون بكفار ، أو شهداء ، وصلى على كل واحد منهم بنية الصلاة عليه إن كان

مسلماً ، أو غير شهيد صح ، ومن عليه فائتة وشك في أدائها ، فقال : أصلي عنها إن كانت ، وإلا فنافلة ، فتبين أنها عليه ، أجزاءه ، ومن نوى زكاة ماله الغائب إن كان باقياً لم يتلف ، وإلا فعن الحاضر ، فبان باقياً أجزاءه عنه ، أو تالفاً أجزاءه عن الحاضر ، ومن أحرم بصلاة الجمعة في آخر وقتها ، فقال : إن كان باقياً فجمعة ، وإلا فظهر ، فبان بقاءه ، صحت الجمعة (اللحجي : ص ٢٤)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٤٧ - ٥٣ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ٩ ، إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ١٢ - ٢٧ ، المنهاج ومغني المحتاج ١/ ٢٧٠ ، ٢٧١ ، ٤٧٠ ، ٤٧٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩ - ١٣ ، درر الحكام ١/ ١٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢ ، المجموع المذهب ١/ ٢٥٥ .

فوائد:

الفائدة الأولى: التشريك في النية أقسام:

القسم الأول : أن ينوي مع العبادة ما ليس بعبادة ، فقد يبطلها ، كما إذا ذبح الأضحية لله وللصنم ، فانضمام الصنم يوجب حرمة الذبيحة ، وقد لا يبطلها ، وفيها صور :

- ١ - لو نوى الوضوء أو الغسل مع التبرد ، صح الوضوء والغسل .
- ٢ - لو نوى الصوم والحمية أو التداوي ، صح صومه .
- ٣ - لو نوى الصلاة ودفع غريمه ، صحت صلاته .
- ٤ - لو نوى الطواف وملازمة غريمه ، أو السعي خلفه ، صح طوافه إذا أفردته بنية ، ولا ينسحب حكم النية في أصل النسك عليه ، لوجود الصارف ، وهو قصد ملازمة الغريم .
- ٥ - إذا قرأ في الصلاة آية ، وقصد بها القراءة والتفهم ، فإنها لا تبطل .
- ٦ - من قال له إنسان : صَلِّ الظهر ، ولك دينار ، فصلّى بهذه النية ، فإنه تجزئه صلاته ، ولا يستحق الدينار ، ولم يَحْكِ النوي فيها خلافاً .

وما صححوه من الصحة في هذه الصور هو بالنسبة إلى الأجزاء ، وأما الثواب فصرح ابن الصباغ بعدم حصوله في مسألة التبرد ، ومسألة الصلاة والطواف أولى بذلك^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٩ .

القسم الثاني : أن ينوي مع العبادة المفروضة عبادة أخرى مندوبة ،
وفيه صور :

١ - مالا يقتضي البطلان ، ويحصلان معاً ، كمن أحرم بصلاة ونوى بها
الفرض والتحية ، صحت ، وحصل معاً ، قال النووي في «شرح
المهذب» : «اتفق عليه أصحابنا ، ولم أر فيه خلافاً بعد البحث
الشديد سنين» .

قال الشمس الرملي : «السنن التي تدرج (تدخل) مع غيرها : تحية
المسجد ، وركعتا الوضوء والطواف ، والإحرام ، وسنة الغفلة ،
والاستخارة ، وصلاة الحاجة ، وركعتا القدوم من السفر ، وركعتا
الخروج له» .

ومنه : نوى بغسله الجنابة والجمعة حصلاً جميعاً على الصحيح ،
ومن نوى بسلامه الخروج من الصلاة والسلام على الحاضرين ،
حصلاً ، ومن نوى حج الفرض وقرنه بعمره تطوع أو عكسه
حصلاً ، ومن نوى بصلاته الفرض وتعليم الناس جاز للحديث .

٢ - ما يحصل الفرض فقط ، كمن نوى بحجه الفرض والتطوع ، وقع
فرضاً ، لأنه لو نوى التطوع انصرف إلى الفرض .

٣ - ما يحصل النفل فقط ، كمن أخرج خمسة دراهم ، ونوى بها الزكاة
وصدقة التطوع ، لم تقع زكاة ، ووقعت صدقة تطوع بلا خلاف ،
ومن عجز عن القراءة فانتقل إلى الذكر ، فأتى بالتعوذ ودعاء
الاستفتاح قاصداً به السنة والبدلية ، لم يحسب عنه الفرض ، كما
جزم به الرافعي ، ومن خطب بقصد الجمعة والكسوف لم يصح
للجمعة ، لأنه تشريك بين فرض وNFL ، جزم به الرافعي .

٤ - ما يقتضي البطلان في الكل ، كمن كبر ، وهو مسبوق والإمام راع ، تكبيرة واحدة ، ونوى بها التحرم والهوي إلى الركوع ، لم تنعقد الصلاة أصلاً للتشريك ، ومن نوى بصلاته الفرض والراتبة ، لم تنعقد أصلاً .

القسم الثالث : أن ينوي مع المفروضة فرضاً آخر ، قال ابن السبكي : «لا يجزئ ذلك إلا في الحج والعمرة» وقال السيوطي : «بل لهما نظير آخر ، وهو أن ينوي الغسل والوضوء معاً ، فإنهما يحصلان على الأصح» .

القسم الرابع : أن ينوي مع النفل نفلاً آخر ، فيحصلان من ذلك ، كما لو نوى الغسل للجمعة والعيد ، فإنهما يحصلان ، ومنه ما لو نوى صوم يوم عرفة والاثنين مثلاً ، فيصح ، لأنهما سنتان .

القسم الخامس : أن ينوي مع غير العبادة شيئاً آخر غيرها ، وهما مختلفان في الحكم ، ومن فروعه : أن يقول لزوجته : أنت عليّ حرام ، وينوي الطلاق والظهار ، فالأصح أنه يخير بينهما ، فما اختاره ثبت ، وقيل : يثبت الطلاق لقوته ، وقيل : الظهار ، لأن الأصل بقاء النكاح^(١) .

الفائدة الثانية: محل النية:

محل النية القلب في كل موضع ، وفي ذلك أصلان :

الأول : لا يكفي التلفظ باللسان دون القلب ، ويتفرع عليه أنه لو اختلف اللسان والقلب ، فالعبرة بما في القلب ، فلو نوى بقلبه الظهر ،

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣ ، إيضاح القواعد ، للحجي ص ١٦ - ١٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٩ .

ويلسانه العصر ، أو بقلبه الحج ، ويلسانه العمرة ، أو عكسه ،
صح له ما في القلب ، ومنها أنه إن سبق لسانه إلى لفظ اليمين
بلا قصد ، فلا تنعقد ، ولا تتعلق به كفارة .

الثاني : لا يشترط مع القلب التلفظ ، ومن فروعه : مسائل العبادات
كلها ، ومنها إذا أحيا أرضاً بنية جعلها مسجداً ، فإنها تصير
مسجداً بمجرد النية ، ومنها : لو حلف لا يسلم على زيد ، فسلم
على قوم هو فيهم ، واستثناه بالنية ، فإنه لا يحث .

وخرج على هذا الأصل صور ، يشترط فيها التلفظ بالمنوي ، منها :
الطلاق ، فلو نوى أصل الطلاق ، أو عدداً منه ، ولم يتلفظ بذلك فلا
وقوع ، ومنها : النذر ، فلو نواه بقلبه ولم يتلفظ به لم ينعقد ، ومنها : أن
يشترى شاة بنية الأضحية أو الإهداء للحرم ، فلا تصير أضحية ولا هدياً
على الصحيح حتى يتلفظ بذلك ، ومنها : إذا باع سلعة بألف ، وفي
البلد نقود لا غالب فيها ، فقبل ونوياً نوعاً لم يصح في الأصح حتى
يبينه لفظاً ، ومنها : لو قال : أنت طالق ، ثم قال : «أردت إن شاء الله»
لم يقبل حتى يتلفظ بذلك ، قال الرافعي : والمشهور أنه لا يُدَيَّن ،
ومنها : من هم بقول معصية ، ولم يتلفظ به ، لم يَأْثَمَ ما لم يقل ، فإن
قال بعد الهمم أثم بها أيضاً^(١) .

الفائدة الثالثة: زمن النية:

أي وقتها ، فهو أول العبادات ونحوها ، ففي الوضوء عند غسل
الوجه ، وفي الصلاة بالهمزة من التحرم ، ويستمر إلى تمام التحرم ،

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣ ، إيضاح القواعد ص ١٨ ، الأشباه والنظائر لابن
نجيم ص ٤٦ .

والمختار أنه تكفي المقارنة العرفية بأن يوجد النية كلها ، أو بعضها في أول التكبير ، أو آخره ، بحيث يعد مستحضراً للصلاة ، قال السبكي : ومن لم يقل به وقع في الوسواس المذموم .

وخرج عن ذلك صور لا تجب فيها مقارنة النية لأول العبادة ، أي فتصح النية قبل الشروع في العبادة .

١ - الصوم : يجوز تقديم نيته على الفجر لعسر مراقبته ، ثم سرى ذلك إلى أن وجب ، فلو نوى مع الفجر لم يصح في الأصح ، قال الزركشي : «ليس لنا ما يمتنع مقارنته ، ويجب تقديمه إلا الصوم ، والصحيح أنه عَزُمَ قام مقام النية»^(١) .

٢ - الزكاة : تصح نيتها قبل الشروع في الدفع للفقراء في الأصح للعسر قياساً على الصوم ، وكذلك الكفارة ، والفرق بينهما وبين الصلاة حيث لا تجزئ إلا في أولها ، أنه يجوز تقديمها عن وقت وجوبها ، فجاز تقديم نيتها بخلاف الصلاة .

٣ - جمع الصلاتين في السفر ؛ حيث تكون نية الجمع في أولاهما ، ولو كانت في أول العبادة لكانت في أول الصلاة الثانية ، لأنها المجموعة ، وإن جعلت الأولى أول العبادة فهو مما جاز فيه التأخير عن أولها ، لأن الأظهر جواز نية الجمع في أثنائها ، ومع التحلل منها .

٤ - الأضحية : يجوز نية التضحية بالشاة مثلاً قبل الشروع في ذبحها ، ولا يجب اقترانها به في الأصح ، وتجوز عند الدفع إلى الوكيل في الأصح^(٢) .

(١) المنشور للزركشي ٢٨٤/٣ وما بعدها ، ٢٩٤ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٦ ، إيضاح القواعد ص ١٩ .

وفي زمن النية تنبيهان :

التنبيه الأول : ما أوله من العبادات ذِكرٌ وجب اقترانها بكل اللفظ ،
وقيل يكفي بأوله :

١ - فمن ذلك الصلاة ، ومعنى اقترانها بكل التكبير أن يوجد جميع النية
المعتبرة عند كل حرف منه ، ومعنى الاكتفاء بأوله أنه لا يجب
استصحابها إلى آخره .

ونظير ذلك نية كناية الطلاق فإنه يشترط مقارنة النية لجميع اللفظ
على خلاف فيه .

٢ - من ذلك الإحرام : فينبغي أن يقال بمقارنة النية للتلبية ، وهو
ظاهر .

٣ - ومن ذلك الخطبة إن أوجبنا نيتها ، والظاهر وجوب اقترانها بقوله :
«الحمد لله» لأنه أول الأركان .

التنبيه الثاني : قد يكون للعبادة أول حقيقي وأول نسبي ، فيجب
اقتران النية بهما .

١ - من ذلك التيمم ، فيجب اقتران نيته بالنقل ، لأنه أول المفعول من
أركانه ، وبمسح الوجه ، لأنه أول الأركان المقصودة ، والنقل وسيلة
إليه .

٢ - ومن ذلك : الوضوء والغسل ، فيجب للصحة اقتران نيتهما بأول
مغسول من الوجه والبدن ، ويجب للثواب اقترانها بأول السنن
السابقة ليثاب عليها ، فلو لم يفعل لم يثب عليها في الأصح ، لأنه
لم ينوها .

٣ - وفي نظيره من نفل الصوم ، لو نوى في أثناء النهار حصل له ثواب الصوم من أوله^(١) .

الفائدة الرابعة: كيفية النية:

تختلف النية باختلاف الأبواب :

١ - نية الوضوء : فإنها «قصد رفع الحرمة الناشئة من الحدث» وفي اشتراط مقصد الفعل (وهو الفعل المخصوص ويعني : قصد غسل الوجه واليدين ومسح الرأس وغسل الرجلين) خلاف بين الأصحاب ، رجح الشيخ ابن حجر في «حاشيته على فتح الجواد» الاشتراط ، وهو مشكل ، وفي بعض كتب الأئمة من أصحابنا عدم اشتراط قصد الفعل في الطهارة ، فالمنقول خلاف ما بحثه .

٢ - نية الصلاة ، فإنها : «قصد أقوال وأفعال مخصوصة مبتدأة بالتكبير ، مختتمة بالتسليم بشرائط مخصوصة» .

٣ - نية الحج ، فإنها : «قصد الدخول في شيء معنوي يقتضي قصد الدخول فيه تحريم أشياء كانت حلالاً قبل» ، وهناك تعريفات أخرى مدخولة .

٤ - نية الصيام ، فإنها «قصد إمساك مخصوص» .

٥ - نية الزكاة ، فإنها «قصد إخراج شيء مخصوص عن مال مخصوص على وجه مخصوص»^(٢) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧ ، ٢٩ ، إيضاح القواعد ص ٢٠ .

(٢) إيضاح القواعد ص ٢١ .

الفائدة الخامسة: شروط النية، أربعة:

الأول : الإسلام ، ومن ثم لا تصح العبادات من الكافر ، أصلياً كان أو مرتداً على الراجح ، حتى في غسله على الراجح أيضاً ، وخرج عن ذلك صور :

١ - الذمية تحت المسلم : يصح غسلها من الحيض ليحل لحليلها وطؤها بلا خلاف للضرورة ، ويشترط نيتها ، فإن امتنعت أجبرها عليه واستباحها ، وإن لم تنو للضرورة ، كما تجبر المسلمة المجنونة .

٢ - الكفارة : تصح من الكافر ، ويشترط منه نيتها ، لأن المغلب فيها جانب الغرامات ، والنية فيها للتمييز ، لا للقربة .

٣ - الزكاة : إذا أخرجها المرتد حال رده ، فتصح وتجزئه .

٤ - إذا نوى سفر القصر ، وهو كافر ، اعتبرت نيته ، فإذا أسلم في أثناء المسافة قصر على الأرجح .

٥ - إذا أسلم الكافر مع طلوع الفجر ، ووافق آخر إسلامه الطلوع ، فهو مسلم حقيقة ، ويصح منه صوم النفل ، وأما الفرض فلا يصح منه والحالة هذه ، لأن التبييت شرط .

الشرط الثاني : التمييز : فلا تصح عبادة صبي لا يميز ، ولا عبادة مجنون .

الشرط الثالث : العلم بالمنوي مطابقاً للواقع ، فلو اعتقد أن الوضوء أو الصلاة سنة لم يصح ، ولو اعتقد أن فيهما فروضاً وسناً ، ولم يميز ، صح حتى من العالم .

ولو أتى بالأفعال ، ولم يعتقد شيئاً ، وكان يخفى عليه مثل ذلك ، فالقياس الصحة ، وإن كان قولهم : لا يجوز الإقدام على فعل حتى يعلم حكم الله فيه ، يقتضي خلافه .

الشرط الرابع : عدم المنافي ، بأن لا يأتي بما ينافيها دواماً وابتداءً ، أي في أثناء العبادة وفي أولها ، فلو ارتد في أثناء الصلاة ، أو عند تحرّمها لم تصح ، وكذا لو ارتد في أثناء الصوم أم الحج أو التيمم بطل أيضاً ، أو في أثناء الوضوء أو الغسل لم يبطلا ، لأن أفعالهما غير مرتبطة ببعضها ، ولكن لا يحسب المغسول في زمن الردة ، ويحتاج إلى استئناف النية ، ولو ارتد بعد الفراغ فالأصح أنه لا يبطل الوضوء والغسل ، ويبطل التيمم لضعفه ، ولو وقعت الردة بعد فراغ الصلاة أو الصوم أو الحج أو أداء الزكاة لم تجب عليه الإعادة ، وأما الأجر فإن لم يعد إلى الإسلام فلا يحصل له ، لأن الردة تحبط العمل ، وإن عاد إلى الإسلام فظاهر النص أنها تحبط أيضاً ، والذي في كلام الرافعي وغيره أنها إنما تحبط العمل إذا اتصلت بالموت ، لقوله تعالى : ﴿فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم﴾ البقرة/ ٢١٧ ، وهذا هو المعتمد .

ومن المنافي نية القطع ، وفي ذلك فروع ، وهي قسمان :

القسم الأول : يؤثر فيه نية القطع ، وهي :

١ - نوى قطع الإيمان ، والعياذ بالله تعالى من ذلك ، صار مرتدّاً في الحال .

- ٢ - نوى قطع الصلاة في أثناءها ، بطلت بلا خلاف ، لأنها شبيهة بالإيمان .
- ٣ - نوى قطع الجماعة ، بطلت ، وفي الصلاة قولان ، أحدهما لا تبطل .
- ٤ - نوى قطع الفاتحة ، فإن كان مع سكوت يسير بطلت القراءة في الأصح ، وإلا فلا .
- ٥ - نوى الإقامة وقطع السفر ، فإن كان سائراً لم يؤثر ، لأن السير يكذبها ، وإن كان نازلاً انقطع .
- ٦ - نوى الإتمام في أثناء الصلاة امتنع عليه القصر .
- ٧ - نوى بمال التجارة الفنية انقطع حول التجارة ، ولو نوى بمال الفنية التجارة لم يؤثر في الأصح حتى يبدأ بالتجارة فعلاً .
- ٨ - نوى بالحلي المحرم استعمالاً مباحاً بطل الحول ، ونوى بالحلي المباح محرماً أو كنزاً ابتداءً حول الزكاة .

القسم الثاني : المنافي الذي لا يؤثر فيه نية القطع ، وفيه صور :

- ١ - نوى قطع الطهارة في أثناءها لم يبطل ما مضى ، لكن يجب تجديد النية لما بقى .
 - ٢ - نوى قطع الصوم والاعتكاف لم يبطل في الأصح ، والفرق بينهما وبين الصلاة أن الصلاة أشد احتياطاً من غيرها ، وهي مخصوصة من بين سائر العبادات بوجوه من الربط ومناجاة العبد ربه .
- قال الشارح : «وكان القياس أن التيمم يبطل بنية القطع ، ولم أر فيه نقلاً» .

- ٣ - نوى الأكل والجماع في الصوم لم يضر .
- ٤ - نوى فعل منافٍ في الصلاة كالأكل والعمل الكثير ، لم تبطل قبل الشروع فيه .
- ٥ - نوى قطع الحج والعمرة ، لم يبطل بلا خوف ، لأنه لا يخرج منها بالفساد .
- ٦ - نوى الخيانة في الوديعة لم يضمن على الصحيح ، إلا أن يتصل به نقل من الحرز ، كما في قطع القراءة مع السكوت .
- ومن المنافي عدم القدرة على المنوي إما عقلاً وإما شرعاً ، فمن الأول : نوى بوضوئه أن يصلي صلاة ، وألا يصليها ، لم يصح لتناقضه ، ومن الثاني : نوى به الصلاة في مكان نجس لم يصح الوضوء لعدم قدرته شرعاً ، وإن قال بعضهم : الظاهر الصحة .
- ومن المنافي التردد وعدم الجزم ، وفيه فروع :
- ١ - تردد هل يقطع الصلاة أم لا؟ أو علق إبطالها على شيء ، بطلت ، وكذا في الإيمان .
- ٢ - تردد في أنه نوى القصر أو لا ، وهل يُتم أو لا؟ لم يقصر .
- ٣ - تيقن الطهارة ، وشك في الحدث ، فاحتاط وتطهر ، ثم بان أنه محدث ، لم يصح ، وعليه الإعادة في الأصح .
- ٤ - نوى ليلة الثلاثين من شعبان صوم غد عن رمضان إن كان منه ، فكان منه ، لم يقع عنه ، بخلاف ما لو وقع ذلك ليلة الثلاثين من رمضان لاستصحاب الأصل .

- ٥ - عليه فائتة فشك : هل قضاها أو لا؟ فقضاها ثم تيقنها ، لم تجزئه .
 - ٦ - هَجَمَ ، فتوضاً بأحد الإناءين ، لم يصح وضوءه ، وإن بان أنه توضأ بالطاهر .
 - ٧ - شك في جواز المسح على الخف ، فمسح ، ثم بان جوازه ، وجب إعادة المسح ، وقضى ما صلى به .
 - ٨ - تيمم أو صلى أو صام شاكاً في دخول الوقت ، فبان في الوقت ، لم تصح .
 - ٩ - تيمم بلا طلب للماء ، ثم بان أن لا ماء ، لم يصح .
 - ١٠ - صلى إلى جهة شاكاً أنها القبلة ، فإذا هي هي ، لم تصح .
 - ١١ - قصر شاكاً في جواز القصر ، لم يصح ، وإن بان جوازه .
 - ١٢ - صلى على ميت شاكاً أنه من أهل الصلاة عليه ، فبان أنه من أهلها ، لم تصح .
 - ١٣ - صلى خلف خنثى ، فبان رجلاً ، لم يسقط القضاء في الأظهر .
 - ١٤ - قال : هذه زكاة أو صدقة ، لم تقع زكاة للتردد .
 - ١٥ - قال : أصوم غداً إن شاء زيد ، لم يصح وإن شاء زيد ، أو قال : أصوم غداً إن نشطت ، لم يصح .
- وخرج عن ذلك صور يصح فيها النية مع التردد أو التعليق .

فمن صور التردد :

- ١ - اشتبه عليه ماء وماء ورد لا يجتهد ، بل يتوضأ بكل مرة ، ويغتفر التردد في النية للضرورة .

٢ - من عليه صلاة من الخمس ، فنسيها ، فصلّى الخمس ، ثم تذكرها ، لا تجب الإعادة .

٣ - من عليه صوم واجب ، لا يدري هل هو من رمضان أو نذر أو كفارة ، فنوى صوماً واجباً ، أجزأه ، كمن نسي صلاة من الخمس ، ويعذر في عدم جزم النية للضرورة .

ومن صور التعليق :

١ - إذا علق إحرامه على إحرام صاحبه ، كأن يقول : إن كان زيد محرماً فقد أحرمت ، فإن تبين إحرام صاحبه انعقد إحرامه ، وإلا فلا .

٢ - لو أحرم ليلة الثلاثين من رمضان ، وهو شك ، فقال : إن كان من رمضان فأحرامي بعمرة ، أو من شوال فأحرامي بحج ، فكان من شوال ، صح ، كما نقله ، في «شرح المذهب» .

٣ - شك في قصر إمامه ، فقال : إن قصر قصرت ، وإلا أتممت ، فبان قاصراً قصر .

٤ - اختلط موتى مسلمون بكفار ، أو شهداء ، وصلى على كل واحد منهم بنية الصلاة عليه إن كان مسلماً أو غير شهيد ، صح .

٥ - عليه فائتة ، وشك في أدائها ، فقال : أصلي عنها إن كانت ، وإلا فنافلة ، فتبين أنها عليه ، أجزأه ، نقله في «شرح المذهب» عن الدارمي .

٦ - نوى زكاة ماله الغائب إن باقياً لم يتلف ، وإلا فعن الحاضر ، فبان باقياً أجزأه عنه ، أو تالفاً أجزأه عن الحاضر .

٧ - أحرم بصلاة الجمعة في آخر وقتها ، فقال : إن كان باقياً فجمعة ، وإلا فظهر ، فبان بقاؤه ، صحت الجمعة على ما اعتمده الشهاب الرملي وتبعه ولده الجمال الرملي رحمهم الله تعالى (١) .

الفائدة السادسة: النية ركن أم شرط:

اختلف أصحابنا الشافعية ، هل النية ركن في العبادة أو شرط؟ فاختار الأكثر أنها ركن ، لأنها داخل العبادة ، وذلك شأن الأركان ، واختار القاضي أبو الطيب وابن الصباغ أنها شرط وإلا لافتقرت إلى نية أخرى .
والشيخان الرافعي والنووي عداها في الصلاة ركناً ، وقالوا في الصوم : النية شرط الصوم ، والمعتمد الأول ، أي أنها ركن لا شرط .
نعم أجرى العلماء النية مجرى الشروط في المسألة ، وهي مالو شك بعد الصلاة في تركها أو ترك الطهارة ، فإنه تجب الإعادة ، بخلاف مالو شك في ترك ركن ، قال في «شرح المذهب» والفرق أن الشك في الأركان يكثر لكثرتها بخلاف الشروط (٢) .

الفائدة السابعة: مقاصد اللفظ:

قال العلماء : مقاصد اللفظ على نية اللفظ ، والمعنى أن مقاصد اللفظ كاليمين (كمن حلف لا يدخل دار زيد ، فإنه يحث بدخول ما يسكنها بملك ، لا بإعارة وإجارة وغصب ، إلا أن يريد مسكنه ، فيحث

(١) انظر شروط النية وما يراعى فيها في : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٨ ، وما بعدها ، إيضاح القواعد ص ٢٣ ، المشور ٢٨٤/٣ وما بعدها ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧ ، إيضاح القواعد ص ٢٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٥ .

بالمعار وغيره ، ويحنث بما يملكه ولا يسكنه إلا أن يريد مسكنه فلا يحنث بما لا يسكنه) والاعتكاف (كأن يقول : اعتكف ، ويطلق ، ثم يخرج من المسجد ، فهل يجدد النية إذا عاد أم لا ، فإن كان خروجه بعد العزم على العود فلا يجب التجديد ، وإن مكان بدون العزم على العود فيجب التجديد) والنذر (كأن يقول : نذرت لله لأفعلن كذا ، فإن نوى اليمين يلزمه إن حنث كفارة يمين) والحج (كأن يحرم مطلقاً في أشهر الحج ، فإنه يصرفه قبل العمل بالنية إلى ما شاء من حج وعمرة ، وقران) ونحوها من الصلاة وغيرها (كالطلاق والعق بآن يقول لزوجته ، وأسماها طالق ، أو أمته ، واسمها حرة : يا طالق أو يا حرة ، فإن قصد الطلاق أو العتق حصلاً ، أو النداء باسمها فلا) ، فكل تلك محمولة على نية الالفاظ أي أنه لا يعتبر في النية إلا نية صاحبها المتلفظ بمضمونها إلا في صورة واحدة ، وهي : اليمين عند من له ولاية التحليف كالقاضي والمُحكَّم فإنها على نية القاضي ونحوه ، دون الحالف فلا تعتبر نيته ، وإلا ضاعت الحقوق ، سواء كان موافقاً للقاضي في مذهبه أم لا ، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجوار ، والقاضي حنفي يعتقد إثباتها ، فليس للمدعي عليه أن يحلف على عدم استحقاقها عليه عملاً باعتقاده ، فلو حلف أثم ، اعتباراً بنية القاضي ، ومحلله ما إذا صدق المدعي في دعواه ، دون ما إذا كذب بأن ادعى بدين قد أبرأ منه ، أو أداه ، ولا بيّنة مثلاً ، فإنه في هذه الحالة تنفع التورية من المدعي عليه^(١) .

وهذه الفائدة نص قاعدة مستقلة ، وإنما عرضناها ثانية للتوضيح والأمثلة والشرح .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٩ ، إيضاح القواعد ص ٢٦ ، المنشور ٣/ ٣١٢ .

الفائدة الثامنة: النفل والفرض:

إن النفل لا يقوم مقام الفرض ، ولا يجزئ عنه ، وخرج عن هذا الأصل صور يتأدى فيها الفرض بنية النفل ، وهي :

- ١ - أغفل المتطهر لمعة ، وانغمست بنية التكرار في الثانية أو الثالثة أجزأه في الأصح ، بخلاف ما لو انغمست في التجديد .
- ٢ - لو تذكر في قيامه ترك سجدة ، وكان جلس بنية الاستراحة ، كفاه عن جلوس الركن في الأصح .
- ٣ - لو جلس للشهد الأخير ، وهو يظنه الأول ، ثم تذكر أجزأه .
- ٤ - لو نوى الحج أو العمرة أو الطواف تطوعاً ، وعليه الفرض ، انصرف إليه بلا خلاف^(١) .

تنبيه: المنقطع عن الجماعة لعذر من أعذارها إذا كانت نيته حضورها لولا العذر ، يحصل له ثوابها ، قال السيوطي : «والأحاديث تدل لذلك»^(٢) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٥١ ، إيضاح القواعد ص ٢٧ ، المشور للزركشي ٣/ ٣٠٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣ .

القاعدة الأساسية الثانية: [٢]

اليقين لا يزول بالشك (م/ ٤)

الألفاظ الأخرى :

- اليقين لا يزال بالشك .
- من شك هل فعل شيئاً أو لا ، فالأصل أنه لم يفعله .
- من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير عمل على القليل ، لأنه المتيقن .
- اليقين لا يرفع بالشك .

التوضيح:

اليقين لغة : العلم الذي لا تردد معه ، أي الاستقرار ، وهذا هو المراد من القاعدة ، وليس ما يقوله علماء المعقول بأنه الاعتقاد الجازم ، المطابق للواقع ، الثابت ، لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظاهر ، وقد يكون الأمر في نظر الشارع يقيناً لا يزول بالشك في حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه ، وذلك كالأمر الثابت بالبينة الشرعية ، فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان ، ويحكم به القاضي ، مع أن شهادة الشهود هي مجرد خبر آحاد يجيز العقل فيها السهو والكذب ، ومع ذلك فإن هذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقيناً ، لأنه لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابله ، ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر ، فاليقين هو الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه .

والشك : هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر ،
أو هو التردد في وقوع الشيء وعدم وقوعه على السواء ، وبينه وبين
اليقين الظن ، أو الظن الغالب ، وهو ترجيح أحد الطرفين على الآخر
بدليل ظاهر يبيّن عليه العاقل أموره ، لكن لم يطرح الاحتمال الآخر ،
ويقابل الظنّ الوهم ، وهو الجانب المرجوح لدليل أقوى منه ، والفقهاء
يريدون بالشك مطلق التردد سواء كان الطرفين سواء أو أحدهما راجحاً ،
وعلماء الأصول يفرقون بين الشك والظن^(١) .

ومعنى القاعدة : أن الأمر المتيقن بثبوته لا يرتفع بمجرد طرؤ
الشك ، ولا يحكم بزواله بمجرد الشك ؛ لأن الأمر اليقيني لا يعقل أن
يزيله ما هو أضعف منه ، ولا يعارضه إلا إذا كان مثله أو أقوى ، فاليقين
لا يُرفع حكمه بالشك أي بالتردد باستواء أو رجحان (أي بالظن) ، وهذا
ما يؤيده العقل .

ومستند هذه القاعدة قوله ﷺ : «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً
فأشكل عليه ، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يَخْرُجَنَّ من المسجد حتى
يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» رواه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله
عنه^(٢) ، فالمتوضئ إذا شك في انتقاض وضوئه فهو على وضوئه السابق
المتيقن ، وتصح به صلاته حتى يتحقق ما ينقضه ، ولا عبرة بذلك
الشك ، وأخرج الحديث أيضاً ابن ماجه والترمذي^(٣) .

(١) المجموع للنووي ١/١٦٨ ، المجموع المذهب للعلائي ١/٣٢٤ .

(٢) صحيح مسلم (٤/٤٩ ، ٥١) ورواه البخاري بمعناه (١/٦٤) وأبو داود (١/٤٤) رقم
١٧٧ طبع الدار المعدية اللبنانية) والترمذي (١/٢٤٨ رقم ٧٥) مسند أحمد
(٢/٣٣٠) .

(٣) جامع الترمذي (١/٢٤٧) سنن ابن ماجه (١/١٧٣) .

وقوله ﷺ عن عبد الله بن زيد قال : «شكّي إلى رسول الله ﷺ الرجل يُخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والدارمي والنسائي وابن ماجه وأحمد (١) .

وقوله ﷺ : «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أو أربعاً؟ فليطرح الشك ، وليبن على ما استيقن» أخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه (٢) .

التطبيقات،

إن هذه القاعدة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية ، وتدخل في جميع أبواب الفقه ، والمسائل المخرجة عليها من عبادات ومعاملات وغيرها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر (٣) ، ويتفرع عنها أو يندرج تحتها عدة قواعد فقهية ، ستأتي ، وجميع الفروع الفقهية والأمثلة التطبيقية للقواعد الفرعية تدخل غالباً في هذه القاعدة الأساسية الرئيسة ، ونذكر التطبيقات المباشرة لها :

١ - المفقود : وهو الذي غاب عن بلده ، ولا يعرف خبره أنه حي أو ميت ، تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له ، فلا يُورث ، ولا

(١) فتح الباري (١/١٩١ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧) سنن الدارمي (١/١٤٩) صحيح مسلم بشرح النووي (٤/٣٩) سنن أبي داود (١/٤٠) سنن النسائي (١/٨٣) سنن ابن ماجه (١/١٧١) مسند أحمد (٤/٣٩ ، ٤٠) .

(٢) صحيح مسلم (٥/٦٠) ورواه أبو داود بإسناد صحيح (١/٢٣٥) .

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٨١ ، إيضاح القواعد الفقهية ص ٢٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٦ ، شرح الكوكب المنير ٤/٤٣٩ ، درر الحكام ١/٢٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠ .

تبين زوجته ؛ لأن حياته حين تغيبه متيقنة ، وموته قبل المدة المضروبة شرعاً ، بموت جميع أقرانه ، مشكوك ، فيدخل تحت قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» (الدعاس : ص ١١) .

٢ - من تيقن الطهارة ، وشك في الحدث ، فهو متطهر ، أو تيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث (الدعاس : ص ١١ ، اللحجي : ص ٢٨) .

٣ - الخثى : عدم نقض الوضوء بمس الخثى ، أو لمسه . (اللحجي : ص ٢٨) .

٤ - العقد : إذا ثبت عقد بين اثنين ووقع الشك في فسخه فالعقد قائم (الدعاس : ص ١٢) .

٥ - الدين : إذا تحقق الدين على شخص ثم مات ، وشكنا في وفائه ، فالدين باق (الدعاس : ص ١٢) .

٦ - الوديعة : إذا هلك الوديعة عند الوديع ، وشكنا في أنها هلكت بتعديه عليها أو تقصيره ، أو قضاء وقدرأ ، فهو غير ضامن ، لأن صفة الأمانة هي المتيقنة عند العقد ، فلا تزول بالشك في حصول التعدي أو التقصير (الدعاس : ص ١٢) .

٧ - النفقة : تعاشر الزوجان مدة مديدة ثم ادعت الزوجة عدم الكسوة والنفقة ، فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاؤها في ذمته وهو يقين ، وعدم أدائها (اللحجي : ص ٢٨) .

٨ - الماء : اشترى ماءً ، ثم ادعى نجاسته ليرده ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل المتيقن طهارة الماء (اللحجي : ص ٢٨) .

٩ - الطُّهر : ادعت المطلقة الرجعية امتداد الطهر ، وعدم انقضاء العدة ، صدقت ، ولها النفقة ؛ لأن الأصل المتيقن بقاؤها (اللاحجى : ص ٢٨) .

١٠ - الدَّيْن : إذا كان إنسان يعلم أن زيدا مديون لعمرو بألف مثلاً ، فإنه يجوز له أن يشهد على زيد بالألف ، وإن خامره الشك في وفائها أو في إبراء الدائن له منها ؛ إذ لا عبرة للشك في جانب اليقين السابق (الزرقا : ص ٨٢) .

١١ - الملك : إذا كان الشخص يعلم أن العين الفلانية كانت ملك زيد ، ثم نازعه فيها أحد ، فإنه يجوز أن يشهد لزيد بأن العين ملكه ، وإن كان يحتمل أنه باعها لمن ينازعه (الزرقا : ص ٨٢) .

١٢ - الإبراء : لو ادعى زيد على عمرو ألفاً مثلاً ، فأقام عمرو بينة على الأداء أو الإبراء ، فأقام زيد أيضاً بينة على أن له عليه ألفاً ، فإن بينة زيد هذه لا تقبل من غير أن يبرهن أن الألف المشهود عليها هي غير تلك الألف التي ادعى عمرو أدائها أو الإبراء عنها ، لأن فراغ ذمة عمرو بعد البينة التي أقامها أصبح يقيناً ، والألف التي أقام زيد عليها البينة مطلقة ، فيحتمل أن تكون هي المرادة أو المبروء عنها ، فلا تشغل ذمة عمرو بمجرد الشك ، بعد التيقن بفراغها ، ولأن الموجب والمسقط إذا اجتمعا يعتبر المسقط متأخراً ، إذ السقوط بعد الوجوب (الزرقا : ص ٨٣) .

١٣ - الإقرار : لو أقر شخص أنه لا حق له فيما بيد فلان ، ثم برهن على شيء في يد فلان أنه غصبه منه ، لم يقبل حتى يشهد بغصبه بعد إقراره ؛ لأن الإبراء يعمل فيما قبله لا فيما بعده ، ولا يعمل فيما بعده إلا في مسألة ، وهي : إذا شرط البائع في البيع

البراءة من كل عيب في المبيع دخل العيب القديم والحادث بعد البيع قبل القبض عند الحنفية (الزرقا : ص ٨٣) .

١٤ - العيب : لو اشترى أحد شيئاً ، ثم ادعى أن به عيباً ، وأراد رده ، واختلف التجار أهل الخبرة ، فقال بعضهم : هو عيب ، وقال بعضهم : ليس بعيب ، فليس للمشتري الرد ؛ لأن السلامة هي الأصل المتيقن ، فلا يثبت العيب بالشك ، وكذا لو وجد العيب عند البائع ثم عند المشتري ، لكن اشتبه فلم يُدر أنه عين الأول أو غيره ، فإنه لا يُردّ (الزرقا : ص ٨٣) .

١٥ - الغصب : لو ردّ الغاصب العين المغصوبة على من في عيال المالك ، فإنه لا يبرأ ، لأن الردّ على من في عياله ردّ من وجه دون وجه ، والضمان كان واجباً بيقين ، فلا يبرأ بشك (الزرقا : ص ٨٣) .

١٦ - الرضاع : لو طلق الرجل زوجته ، وكانت ذات لبن ، وتزوجت بآخر بعد عدتها ، فحملت منه ، وأرضعت طفلاً في مدة الحمل ، فإن لبنها لم يزل معتبراً من الزوج الأول ، فتثبت به حرمة الرضاع بالنسبة له ؛ لأنه كان متيقناً أن اللبن منه ، فلا نحكم بأنه من الثاني بمجرد الشك الحاصل بسبب حملها من الزوج الثاني ، فإذا ولدت يحكم حينئذ بأن اللبن بعد الولادة من الثاني (الزرقا : ص ٨٤) .

١٧ - من شك هل طلق امرأته ، أو لا ، فلا يقع الطلاق ؛ لأن الأصل أنه لم يفعله (اللاحجي : ص ٢٩) .

المستثنى:

يستثنى من قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» أمور ، يزول حكم اليقين فيها بالشك ، وهي :

١ - دفع الثمن : إذا ادعى المشتري عيباً في المبيع موجباً لردّه على البائع ، بعد قبضه المبيع ، فإنه لا يجبر على دفع الثمن للبائع حتى تنتهي الخصومة في العيب ، فدفع الثمن يقين ، وزال ها هنا للحال ، بمجرد الشك في أصل العيب ، وقدم العيب ، المحتملين الثبوت وعدمه ، فقد يكون الشيء الذي يزعمه المشتري عيباً ليس بعيب بالنسبة لهذا المبيع ، فالواجب عند ادعاء العيب إثبات كونه عيباً أولاً ، ثم الانتقال إلى البحث في قدمه كما هو معلوم ، فإن ثبت أصل العيب ، وثبت قدمه عند البائع يفسخ القاضي البيع ، فإن عجز المشتري عن الإثبات يجبر على دفع الثمن حيثئذ (الزرقا : ص ٨٥) .

٢ - شك ماسح الخف هل انقضت المدة أم لا؟ فيحكم بانقضاء المدة بهذا الشك (الللحجي : ص ٣٥) .

٣ - شك هل مسح في الحضر أم في السفر؟ يحكم بانقضاء المدة للحضر (الللحجي : ص ٣٥) .

٤ - شك مسافر : أوصل بلده أم لا؟ فلا يجوز له الترخيص بالقصر والجمع وغيرهما (الللحجي : ص ٣٥) .

٥ - شك هل نوى الإقامة أم لا؟ يحكم عليه بالإقامة ، ولا يجوز له الترخيص (الللحجي : ص ٣٥) .

- ٦ - أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري أمسافر هو أم مقيم؟
لم يجز له القصر لهذا الشك (اللحجي : ص ٣٥) .
- ٧ - بال حيوان في ماء كثير ، ثم وجدته متغيراً ، ولم يدر أتغير بالبول أم بغيره؟ فهو نجس لهذا الشك (اللحجي : ص ٣٥) .
- ٨ - المستحاضة المتميزة يلزمها الغسل عند كل صلاة شكت في انقطاع الدم قبلها (اللحجي : ص ٣٥) .
- ٩ - تيمم ثم رأى شيئاً لا يدري أسراب هو أم ماء؟ بطل تيممه ، وإن بان سراباً (اللحجي : ص ٣٥) .
- ١٠ - رمى صيداً فجرحه ، ثم غاب ، فوجده ميتاً ، وشك هل أصابته رمية أخرى من حجر أم غيره؟ لم يحل أكله ، وكذا لو أرسل عليه كلباً (اللحجي : ص ٣٥) .
- ١١ - من أصابته نجاسة في ثوبه أو بدنه ، وجهل موضعها ، يجب غسل كله (اللحجي : ص ٣٥) .
- ١٢ - المستحاضة أو سلس البول إذا توضأ ، ثم شك هل انقطع حدثه أم لا؟ فصلى بطهارته لم تصح صلاته (اللحجي : ص ٣٥) .
- ١٣ - إذا شك الناس في انقضاء وقت الجمعة فإنهم لا يصلون الجمعة ، وإن كان الأصل بقاء الوقت (اللحجي : ص ٣٥) .
- ١٤ - إذا توضأ وشك : هل مسح رأسه أم لا؟ فيه وجهان ، الأصح صحة وضوئه ، ولا يقال : الأصل عدم المسح (اللحجي : ص ٣٥) ، وفي الوجه الثاني يعتبر الشك ولا يصح وضوءه .

- ١٥ - لو سلم من صلاته ، وشك : هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟ الأظهر أن صلاته مضت على الصحة (اللحجي : ص ٣٥) ، وفي القول الآخر يعمل بالشك وأنه صلى ثلاثاً ، ويعيد .
- ١٦ - الأصل أن الهرة فمها نجس ، فترك لاحتمال ولوغها في ماء كثير ، وهو شك (اللحجي : ص ٣٥) .
- ١٧ - من رأى منياً في ثوبه ، أو فراشه الذي لا ينام فيه غيره ، ولم يذكر احتلاماً لزمه الغسل في الأصح ، مع أن الأصل عدمه (اللحجي : ص ٣٦) .
- ١٨ - من شك بعد صوم يوم من الكفارة ، هل نوى؟ لم يؤثر على الصحيح ، مع أن الأصل عدم النية ، والشك فيها ، فيقدم الشك على الأصل (اللحجي : ص ٣٦) .
- ١٩ - من عليه فائتة ، شك في قضائها ، لم يلزمه ، مع أن الأصل بقاؤها (اللحجي : ص ٣٦)(١)

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٧٩ - ٨٦ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ١١ - ١٢ ، إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٢٧ - ٣٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٦ ، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٣٩ ، درر الحكام ١/ ٢٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠ وما بعدها ، ٨١ ، المجموع المذهب ١/ ٣٠٣ ، المنثور للزركشي ٢/ ٢٨٦ .

١ - اليقين والظن من الأحكام:

سبق بيان المراد من اليقين والظن ، وإن الظن معتبر شرعاً بمنزلة اليقين في بناء الأحكام عليه في أكثر المسائل إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر ، وذلك كما لو رأى إنسان عيناً في يد آخر يتصرف بها تصرفاً يغلب على ظن من يشاهده أنها ملكه ، وكان مثله يملك مثلها ، ولم يخبر الرائي عدلان بأنها ملك غيره ، فإنه يجوز له أن يشهد لذي اليد بملكها .

ولكن هناك بعض المسائل لا يعتبر فيها الظن أو غلبة الظن ، ولا بد فيها من اليقين فمن ذلك :

أ - عقد النكاح على أختين ؛ فلو عُقد لشخص عقد نكاح على أختين بعقدين متعاقبين فالأول صحيح ، والمتأخر باطل ، فلو نسي الأول منهما فإنه يفرق بينه وبين الأختين ويبطل العقدان ، لأنه لا يجوز ترجيح الأولية لأحدهما دون الآخر بغلبة الظن ، ولا بد من العلم واليقين ، لأن التحري لا يجري في مسائل الفروج ، ولأن الأصل في الأبضاع التحريم .

ب - طلاق إحدى نسائه : لو طلق رجل زوجة معينة من نسائه ، ثم نسيها ، فلا يجوز له أن يطأ واحدة منهن إلا بعد العلم بالمطلقة ، ولا يكفي التحري وتغليب الظن ، ولا يستطيع الحاكم أن يخلي

بينه وبين نسائه حتى يتبين ، لأن التحري إنما يجوز فيما يباح عند الضرورة والفروج لا تباح عند الضرورة .

ج - الحبل : لم يعتبر الفقهاء ظهور علامات الحبل دليلاً جازماً على وجود الحمل ، ولم يرتبوا عليه الأحكام الجازمة ، مع أنه يغلب على الظن أن المرأة حامل ، ولذلك لا تصح الوصية للحمل أو الوقف عليه إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف ، حتى يتيقن وجوده وقتها فالولادة لأقل من ستة أشهر يقين على وجوده ، ويأخذ حكم هذه الولادة لو كان الأب ميتاً قبل الوصية له والوقف ، فيصحان ولو ولدت بعد مدة أطول ، كما تشترط الولادة لأقل من ستة أشهر أو موت الأب لثبوت الشفعة له في البيع الذي يجري ، وتشرع فيه الشفعة .

لكن الفقهاء اعتبروا ظهور علامات الحبل أمارة ترجح قول المرأة أنها ولدت إذا أنكر الزوج الولادة ، ووقفوا بعلامات الحبل الميراث للحمل .

وإذا علم اليوم وجود الحمل قبل الوصية أو الوقف بأحد الوسائل العلمية الحديثة بالمشاهدة بواسطة التنظير ، أو بواسطة الأشعة المخترعة حديثاً ، المسماة «أشعة رونتجن» وكانت المشاهدة بطريق مشروع كالتداوي ، ثم ولدته لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف أو الشفعة أو موت المورث ، فالظاهر عدم اعتباره ، ولا بد من الولادة لأقل من ستة أشهر ، لا شكاً فيما أظهرته الأشعة ، بل لأنها إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن حينئذ بأن المولود هو الحمل الذي شوهد

بالأشعة ، لجواز أن المشاهد أُسْقَط ، ثم حصل بعده حمل جديد ،
(الزرقا : ص ٨) .

وهذا إذا كان الحمل الثاني ممكنا ، فإن لم يكن الحمل الثاني
ممكناً ، بأن ولدت بعد ثلاثة أشهر ، أو أربعة ، أو خمسة ، فتعتبر أمارات
الحمل السابق وعلاماته على وجود الحمل في عصرنا الحاضر .

أما إذا كانت غلبة الظن غير مستندة إلى دليل فلا كلام في عدم
اعتبارها مطلقاً ، وتكون مجرد وهم ، ولا عبرة للتوهم ، كما لو غلب
على ظن الغاصب حل العين المغصوبة له بناء على احتمال جعل
المالك إياه في حل منها ، وكما لو ظفر إنسان بمال الغير فأخذه بناء
على احتمال أن مالكة أباحه لمن يأخذه ، فإنه يكون ضامناً ، ولا تعتبر
غلبة الظن هذه مهما قويت ، ولذلك وجدت أحكام اللقطة ، ووجب
التعريف سنة ، لأن ظنه السابق غير مستند إلى دليل ، لأنه من مجرد
الوهم ، ولا عبرة بالتوهم (م/ ٧٤) (١) .

٢ - اليقين السابق والشك الطارئ:

الشك لا يؤثر على اليقين ، ولا يزيله ، سواء كان اليقين مقتضياً
للحظر فلا يزول الحظر بالشك ، أم كان اليقين السابق مقتضياً للإباحة ،
فلا يمنع بالشك ، والعمدة على اليقين في كلتا الحالتين ، ولا يلتفت إلى
الشك فيهما .

مثال القسم الأول : لو غاب إنسان غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته

(١) شرح القواعد الفقهية ص ٨١ .

ولا حياته ، فإن المعتبر اليقين السابق ، وهو حياته ، إلى أن يعلم موته بالبيئة ، أو بموت أقرانه ، وإن كان احتمال موته قائماً في كل لحظة ، فلا يجوز قبل ذلك قسمة ماله بين الورثة ، ولو كان له وديعة عند آخر فيجب على المستودع حفظها ، فلو أعطاه للورثة يكون ضامناً (م/ ٧٨٥) (الزرقا : ص ٨٢) .

ومثال القسم الثاني : الفروع المذكورة تطبيقات لقاعدة «اليقين لا يزول بالشك» .

والشك الطارئ لا يؤثر على اليقين السابق ، سواء طرأ على أصل محرم فيبقى محرماً ، أم شك طرأ على أصل مباح فيبقى مباحاً ، أو شك لا يعرف أصله فتبقى الإباحة الأصلية .

فمثال الأول : أن يجد المسلم شاة مذبوحة في بلد فيها مسلمون ومجوس ، فلا تحل حتى يعلم أنها ذكاة مسلم ، لأن أصلها حرام (بأن تؤكل حية) وشكنا في الذكاة المبيحة ، فلو كان الغالب فيها المسلمون جاز الأكل عملاً بالغالب المفيد للظهور .

ومثال الثاني : أن يجد الشخص ماءً متغيراً ، واحتمل تغيره بنجاسة أو بطول المكث ، فيجوز التطهر به عملاً بأصل الطهارة ، ولا يغير الشك حكمه

ومثال الثالث : معاملة من أكثر ماله حراماً ، فتجوز معاملته ، ولا تحرم ، لإمكان الحلال ، وعدم تحقق التحريم ، لكن يكره خوفاً من الوقوع في الحرام (اللنجي : ص ٣٦) .

والثابت هو اليقين شرعاً وغيره شك^١، ويعتبر اليقين سواء في براءة الذمة أو شغل الذمة ، فالأصل براءة الذمة لأنه اليقين الثابت ، حتى يثبت ما يشغلها ، فإن ثبت ما يشغل الذمة صار يقيناً فلا تبرأ حتى يثبت الأداء والوفاء .

وذكر فقهاء الشافعية بضع عشرة مسألة يزول فيها اليقين بالشك ، كالشك في مدة المباح على الخفين ، والشك في نية المسافر ، والمستحاضة المتميزة ، وسلس البول ، والمتميم إذا رأى سراباً فظنه ماء ، وفي الصيد ، وغيرها^(١) .

٣ - الظن والشك:

إن الظن والشك عند الفقهاء بمعنى واحد ، وهذا باعتبار الغالب ، ولذلك قال النووي : «اعلم أن مراد أصحابنا (الفقهاء) بالشك في الماء والحدث والنجاسة والصلاة والعتق وغيرها هو التردد بين وجود الشيء وعدمه ، سواء كان الطرفان في التردد سواء ، أو أحدهما راجحاً ، فهذا معناه في استعمال الفقهاء وفي كتب الفقه ، أما أصحاب الأصول فإنهم فرقوا بين ذلك ، وقالوا : التردد إن كان على السواء فهو الشك ، وإن كان أحدهما راجحاً فالراجح ظن ، والمرجوح وهم»^(٢) .

(١) المجموع للنووي ٢١١/١ ، المجموع المذهب ٣١٥/١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٠ .

(٢) المجموع للنووي ١٦٨/١ ، وانظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٢ .

٤ - الاستصحاب والأصل:

إن القواعد المتفرعة عن القاعدة الرئيسية «اليقين لا يزول بالشك» (م/٤) يعبر عنها بالأصل ، فيقال : الأصل بقاء ما كان على ما كان ، الأصل في الأمور العارضة العدم ، الأصل براءة الذمة ، الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته ، الأصل في الكلام الحقيقة ، الأصل في الأشياء الإباحة ، الأصل العدم .

ويعبر عن الأصل في جميع ذلك بالاستصحاب ، وهو استصحاب الماضي إلى الحاضر ، أي نقل الحكم الثابت في الماضي إلى الوقت الحاضر حتى يثبت غيره .

وأما استصحاب الحاضر إلى الماضي فهو الاستصحاب المقلوب أو المعكوس ولم يقل به الأصحاب في المذهب الشافعي إلا في مسألة واحدة ، وهي : ما إذا اشترى شيئاً ، فادّعاه مدّع ، وانتزعه منه بحجة مطلقة ، فإنهم أطبقوا على ثبوت الرجوع له على البائع بالثمن ، بل لو باع المشتري أو وهب كان للمشتري الأول الرجوع أيضاً ، فهذا استصحاب في الماضي ، لأن البيئة لا تنشئ الملك ، ولكن تظهره ، والملك سابق على إقامتها ، ويحتمل انتقال الملك من المشتري إلى المدعي ، ولكنهم استصحبوه مقلوباً ، وهو عدم الانتقال فيما مضى^(١) .

لكن قال بالاستصحاب المعكوس الحنفية في عدة مسائل ، وله أمثلة كثيرة ، منها :

(١) إيضاح القواعد ص ٣٧ .

١ - لو كان للابن الغائب مال عند أبيه ، فأنفق منه الأب على نفسه ، ثم اختلفا ، فقال الابن للأب : إنك أنفقت على نفسك منه وأنت موسر ، وقال الأب : أنفقت وأنا معسر ، ولا بينة لأحدهما ، فإنه يُحكَّم الحال ، فلو كان حال الخصومة معسراً فالقول له ، وإن كان موسراً ، فالقول لابنه ، ولو برهن كل من الأب والابن على دعواهما تقدم بينة الابن لأنه المدعي فجعل الإعسار أو اليسار القائم في الحاضر منسحباً مع الماضي ، وإنما لم يجعل القول قول مدعي الإعسار مطلقاً مع أنه الصفة الأصلية في الإنسان ، والأصل اعتبار بقاءه ، لأن بقاء ما كان على ما كان إنما هو عند قيام دليل على خلافه ، ولما كان قيام صفة اليسار حين الخصومة أمارة ظاهرة في تأييد كلام مدعيه طرح ذلك الأصل لقيام الدليل على خلافه ، واعتبر القول لمدعي اليسار (الزرقا : ص ٨٩) .

٢ - لو ادعى المستأجر سقوط الأجرة بزعم أن المأجور غصب منه ففات الانتفاع به ، وأنكر المؤجر ذلك ، فإنه يُحكَّم الحال وينظر ، إن كان المأجور في يد الغاصب حين الخصومة فالقول للمستأجر ، وإن لم يكن في يد غاصب فالقول للمؤجر ، سواء كان في يد المستأجر الآن ، أو ليس في يد أحد (الزرقا : ص ٩٠) .

٣ - لو باع الأب مال طفله ثم بلغ ، فادعى - بعد بلوغه - على المشتري أن البيع كان بغبن فاحش ، والمشتري ينكر ذلك ، فإنه يُحكَّم الحال ، بشرط أن تكون المدة بقدر مالا يتبدل به السعر (الزرقا : ص ٩٠) .

٤ - إذا اختلف مؤجر الطاحون ومستأجرها في أصل انقطاع مائها ، فإنه يُحكّم الحال (م/ ١٧٧٦) وكذا إذا اختلف شخصان في حدوث طريق الماء الذي يجري إلى دار إنسان وقدمه (م/ ١٧٧٧) فيحكم الحال (الزرقا : ص ٩٠) .

٥ - تعارض أصليين:

إذا تعارض أصلان رُجح الأقوى منهما ^(١) ، قال إمام الحرمين : «وليس المراد بتعارض الأصلين تقابلهما على وزن واحد في الترجيح ، فإن هذا كلام يتناقض ، بل المراد التعارض بحيث يتخيل الناظر في ابتداء نظره تساويهما ، فإذا حقق فكره رجح ، ثم تارة يجزم بأحد الأصلين ، وتارة يجري الخلاف ، ويرجح بما عضده من ظاهر أو غيره» وقال ابن الرفعة : «لو كان في جهة أصل ، وفي جهة أصلان جزم بذي الأصلين ، ولم يجر الخلاف» ^(٢) .

ومثال تعارض الأصلين مع الجزم بأحدهما : من نوى ، وشك هل كانت نيته قبل الفجر أو بعده؟ لم يصح صومه ، لأن الأصل عدم النية قبل الفجر ، قال النووي : «ويحتمل مجيء وجه أنه يصح ؛ لأن الأصل بقاء الليل» (اللاحجي : ص ٣٤) .

ومثال تعارض أصليين مع تعضيد أحدهما بظاهر : ما إذا ادعى العنين الوطاء في المدة المضروبة من القاضي ، وهو سليم الذكر

(١) سيرد بعد قليل بيان المراد من الأصل في الفقرة ٧ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٥ ، إيضاح القواعد ص ٣٤ .

والأثنيين ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، فيرجح هذا الأصل على أصل عدم الوطء ، لاعتضاد الأصل الأول بسلامة ذكره ؛ لأن سليمة لا يكون عنيماً في الغالب (اللحجي : ص ٣٤) .

ومثال تعارض أصليين مع اعتضاد أحدهما بشيء غير ظاهر : مالو وقعت في الماء نجاسة ، وشك ، هل هو قلتان أو أقل ؟ فوجهان ، أحدهما : يتنجس ، وبه جزم الماوردي وآخرون ، لتحقيق النجاسة ، والأصل عدم الكثرة ، والوجه الثاني : أنه لا يتنجس ، وصوبه النووي ، لأن الأصل الطهارة ، وشكنا في تنجسه ، والأصل عدمه ، ولا يلزم من النجاسة التنجس ، ورجح السبكي مقالة النووي^(١) .

٦ - تعارض الأصل والظاهر:

حرر ابن الصلاح الضابط في ذلك ، فقال : «إذا تعارض أصلاً ، أو أصل وظاهر^(٢) ، وجب النظر في الترجيح ، كما في تعارض الدليلين ، فإن تُردّد في الراجح فهي مسائل القولين ، وإن ترجح دليل الظاهر حكم به بلا خلاف ، وإن ترجح دليل الأصل حكم به بلا خلاف» فالأقسام أربعة .

الأول : ما يرجح فيه الأصل جزماً كمن شك : أصلى ثلاثاً أم أربعاً ، فإن الأصل عدم الزيادة ، والظاهر أنها أربع لكثرة الركوع والسجود

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٦ ، قواعد الأحكام للعز ٤٧/٢ ، المنشور للزركشي ٣٣٠ /١ .

(٢) سيرد في الفقرة التالية بيان المراد من الأصل والظاهر .

مثلاً وطول الزمن ، بحيث إنه خالف عادة نفسه في فعلها ،
وكمّن ظن طلاقاً أو عتقاً ، فإن الأصل فيهما العدم ، والظاهر
المظنون وقوعهما .

الثاني : ما يرجح فيه الظاهر جزماً ، وضابطه أن يستند إلى سبب منصوب
شرعاً ، أو سبب معروف عادة ، أو يكون معه ما يعضد به
(اللحجي : ص ٣٢) .

ومثال السبب المنصوب شرعاً : الشهادة تعارض وضع اليد وبراءة
الذمة ، فيعمل بالشهادة ، وإخبار الثقة بنجاسة الماء والأصل طهارته ،
وإخبار الثقة بدخول الوقت والأصل عدم دخوله ، ونحو ذلك .

ومثال السبب المعروف عادة : استعمال السرجين في أواني الفخار
فيحكم بالنجاسة قطعاً ، ومثله الماء الهارب من الحمام ، لاطراد العادة
بالبول فيه ، فيحكم بالنجاسة ، قاله الزركشي في «قواعده» .

ومثال ما يعتضد به الظاهر : مسألة بول الطيبة إذا بالت ، ووجد
الماء عقب بولها متغيراً فيحكم بنجاسته ، (اللحجي : ص ٣٣) .

ويقدم الظاهر على الأصل ، لأن الظاهر أمر عارض على الأصل
يدل على خلافه ، ولأن الأصل إذا اعترض عليه دليل خلافه بطل ،
ولذلك أمثلة :

١ - القضاء بالنكول ، فإن اعتبره في القضاء ليس إلا رجوعاً إلى مجرد
القرينة الظاهرة ، فقدمت على أصل براءة الذمة (الزرقا : ص ١١٠) .

- ٢ - مسألة العتّين : إذا ادعى الوصول إلى زوجته التي تزوجها بكرّاً ، وأنكرت الوصول إليها ، وقال النساء : إنها ثيب ، فإن الوصول إليها من الأمور العارضة ، فالأصل عدمه ، لكن لما عارضه الظاهر ، وهو الشيوبة ، قدم عليه ، فكان القول للزوج (الزرقا : ص ١١٠) .
- ٣ - إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ، فيكون مهر المثل شاهداً لقول الزوجة ، ويكون الأصل ، وهو عدم الزيادة التي تدعيها الزوجة ، شاهداً للزوج ، ولكن لما عارضه الظاهر ، الذي هو شهادة مهر المثل المؤيدة لدعوى المرأة بالزيادة ، قُدم عليه ، فكان القول قولها (الزرقا : ص ١١٠) .
- ٤ - لو أشهد المشتري أنه يشتري هذا الشيء لفلان ، ثم بعد أن اشتراه ادّعى فلان أن شراءه كان بأمره ، وأراد أخذه ، وأنكر المشتري كونه بأمره ، فالقول لفلان ، فإن الأصل عدم الأمر من فلان ، ولكن رجحت دعواه الأمر حيث أيدها الظاهر ، وهو إشهاد المشتري على أنه يشتري له (الزرقا : ص ١١٠) .
- ٥ - لو دفع الوكيل بشراء شيء غير معين الثمن من دراهم الموكل ، أو إضافة العقد إليها ، فإن كلا منهما ظاهر في نية الشراء للموكل ، فإن تكاذبا في النية يكون القول قول من يشهد له هذا الظاهر من بائع أو مشتر (الزرقا : ص ١١١) .
- ٦ - لو اشترى دابة ثم اطلع على عيب قديم فيها ، فركبها وجاء ليردها ، فقال البائع : ركبتهما لحاجتك ، وقال المشتري : بل ركبتهما لأردها ،

فإن القول للمشتري ، وذلك لأن الظاهر من حاله لما جاء وابتدأ ردها راكباً ، أن يكون الركوب لأجل الرد (الزرقا : ص ١١١) .

الثالث : ما يرجح فيه الأصل على الأصح ، وأمثله لا تكاد تنحصر ، كالشيء الذي لا يقين بنجاسته ، ولكن الغالب فيه النجاسة ، كثياب الخمارين والجزارين والكفار المتدينين بالنجاسة ، والطرق التي يغلب نجاستها ، والمقبرة المنبوشة التي لا يستيقن بنجاستها ، بأن يحصل النباش في أطرافها ، والغالب على الظن انتشار النجاسة فيها ، وفي جميع ذلك قبولان ، أصحهما الحكم بالطهارة في الكل استصحاباً للأصل ، ونعلم أن الضعف هنا بالنسبة إلى قوة الأصل ، وإلا فالظن الحاصل في هذه المسائل قوي من حيث هو . (اللاحجي : ص ٣٣) .

الرابع : ما يرجح فيه الظاهر على الأصح ، وذلك إذا كان سبباً قوياً منضبطاً ، وفيه فروع : منها لو شك بعد السلام في ترك ركن غير النية وتكبير الإحرام فإنه لا يؤثر على المشهور من القولين ، لأن الظاهر مضيها على الصحة ، والشرط كالركن على الأصح في عدم تأثير الشك فيه بعد السلام ، أما الشك في النية وتكبير الإحرام فيؤثر على المعتمد أي فتلزمه إعادة الصلاة لشكه في أصل الانعقاد ، ورجح بعضهم أن النية وغيرها سواء أي في عدم تأثير الشك بعد السلام^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧١ ، إيضاح القواعد ص ٣٣ ، قواعد الأحكام للعز ٤٥/٢ ، المنشور للزركشي ٣١١/١ وما بعدها .

٧- الأصل والظاهر:

إذا تنازع الخصمان اختلفت مزاعمهما نفيًا وإثباتًا ، ويحتاج القاضي في فصل الخصومة إلى مرجح يرجح به ، في مبدأ الأمر ، زعم أحدهما على زعم الآخر ، وإن وجوه الترجيح الأولية هما : الأصل والظاهر ، وهذا يقتضي التوضيح والبيان لكل منهما^(١) :

أولاً: الأصل:

الأصل في اللغة : أسفل الشيء ، ويطلق في الاصطلاح على معان عدة ، كالراجع ، والدليل ، وما يقابل الفرع ، وبمعنى القاعدة التي تبنى عليها المسائل ، والمراد هنا بالأصل القاعدة المستمرة أو الاستصحاب^(٢) .

والأصل له أنواع كثيرة ، منها : براءة الذمة ، وكون اليقين لا يزول بالشك ، والأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته ، والأصل فيما جهل قدمه وجدته أن يعتبر قديماً إذا كان في ملك خاص ، وحادثاً إذا كان في ملك غيره ، والأصل في الكلام الحقيقة ، والأصل في الصفات العارضة العدم ، وفي الصفات الوجودية الوجود ، والأصل في البيع أن يكون باتاً قطعياً .

والأصل في العقود - غير المزارعة بعد وجودها - أن تكون صحيحة ، فلو اختلف العاقدان في صحة البيع أو فساد ، فالقول لمدعي

(١) شرح القواعد الفقهية ص ١٠٥ - ١١٣ .

(٢) المنشور ٣١١/١ .

الصحة ، أما المزارعة فالقول فيها قبل الزراعة لمدعي الفساد ، وبعدها لرب البذر ، سواء ادعى الصحة أو الفساد ، والبيئة لمدعي الصحة .
والأصل في الوكالة والعارية الخصوص ، وفي المضاربة والشركة العموم .

والأصل فيما لا يعلم إلا من جهة أحد الخصمين ، أو كان أحدهما أدرى من الآخر ، أن يقبل قوله فيه يمينه ، ولذا قبلوا قول المرأة في انقضاء عدتها ، والمدة تحتمل ، أو عدم انقضائها ، يمينها ، لكون ذلك لا يعلم إلا من جهتها ، وقبلوا قول المملّك في بيان جهة التمليك ، وقول الدافع في بيان جهة الدفع ، لأنهما أدرى بها ممن تلقى الملك أو القابض ، فلو ادعى المملّك القرض ، وادعى الآخر الهبة مثلاً ، فالقول قول المملّك ، وكذا لو كان عليه دينان ، وبأحدهما رهن أو كفيل ، فدفع له مبلغاً من المال ، ثم اختلفا ، فطلب الدافع ردّ الرهن عليه بزعم أن ما دفعه عن دين الراهن ، أو زعم براءة الكفيل ، وأن ما دفعه إنما دفعه عن دين الكفالة ، وزعم الدائن أنه عن الدين الآخر ، فالقول قول الدافع يمينه ؛ لأن المملك والدافع أدرى بجهة التمليك والدفع .

والأصل في البيع هو الجدد لا الاستهزاء ، فلو اختلف المتعاقدان فيهما فالقول لمدعي الجدد ، لأنه الأصل .

والأصل في مطلق الشركة التنصيف ، فلو أقر بأن هذا الشيء مشترك بيني وبين فلان ، أو هو لي ولفلان ، أو هو بيني وبينه فهو على المناصفة ، فيكون القول قول من يدعيها ، لأنها الأصل ، ومن يدعي خلافها فعليه البرهان ، إلا إذا بين المقر خلاف المناصفة موصولاً

بإقراره ، كقوله : هو مشترك بيني وبينه أثلاثاً ، ثلثاه لي ، وثلثه له مثلاً ، صدق ، والظاهر أنه يصدق بيمينه .

والأصول يعسر استقصاؤها في كل عقد أوتصرف ، أو عبارة ، وإن هذه الأصول يتداخل بعضها في بعض ، لأن بعضها فرع عن الآخر ، كفرعية «بقاء ما كان على ما كان» عن «اليقين لا يزول بالشك» وفرعية «براءة الذمة» عن «الأصل في الصفات العارضة العدم» .

ومتى تنازع شخصان ، وكان أحدهما يشهد له أصل من هذه الأصول يترجح قوله حتى يقوم دليل على خلافه ، لقولهم : إن القول قول من يشهد له الأصل .

ثانياً: الظاهر:

وهو الحالة القائمة التي تدل على أمر من الأمور ، وهو قسمان :

القسم الأول : هو ما لم يصل في الظهور إلى درجة اليقين ، وهو قسيم الأصل ، ويقع به الترجيح في الابتداء ، وتحت نوعان :

النوع الأول : وهو تحكيم الحال الذي يتوصل به إلى الحكم بوجود أمر في الماضي ، بأن يجعل ما في الحاضر منسحباً على الماضي ، وهو الاستصحاب المعكوس .

النوع الثاني : وهو دلالة الحال التي ليس فيها سحب ما في الحاضر على الماضي ، بل يستأنس بها ، ويعتمد عليها في ترجيح أحد الزعمين على الآخر ، وهذه أمثلته :

١ - وضع اليد : فلو ادعى شخصان ملك عين ، وهي في يد أحدهما ، فإن القول قول ذي اليد .

٢ - الحمولة على الجدار ، واتصال التربيع فيه ، فإنه يترجح به زعم من يشهد له أحدهما من الخصمين على الآخر .

٣ - تأييد مهر المثل لقول أحد الزوجين ، فيما لو اختلفا في مقدار المهر المسمى ، فادعى الزوج الأقل ، وادعت الزوجة الأكثر ، فإن القول لمن يشهد له مهر المثل بيمينه ، فإن كان كما قال أو أقل فالقول قوله ، وإن كان كما قالت أو أكثر ، فالقول قولها في الزيادة .

٣ - تأييد نقصان الثمن المسمى عن ثمن المثل فيما لو تبايعا عقاراً ، ولم ينصا على البتات ، ثم اختلفا فادعى أحدهما أن البيع كان باتاً ، والآخر أنه كان وفاءً ، فإن القول لمدعي البتات ، لأنه الأصل في البيع ، إلا إذا كان الثمن المسمى ناقصاً عن ثمن المثل ، فإن القول حينئذ لمدعي الوفاء ، لأن الظاهر شاهد له .

٤ - تأييد قرائن الحال فيما إذا كان رجلان في سفينة مشحونة بالدقيق ، فادعى كل واحد السفينة وما فيها ، وأحدهما يعرف ببیع الدقيق ، والآخر يعرف بأنه ملاح ، فإنه يحكم بالدقيق للذي يعرف ببيعه ، وبالسفينة للذي يعرف بأنه ملاح ، عملاً بالظاهر من الحال .

٥ - لو بعث الزوج إلى زوجته شيئاً ، ثم اختلفا ، فقالت : أرسلته هدية ، وقال : أرسلته من المهر ، فالقول قول الزوج بيمينه في غير المهيأ

للأكل ، لأن الهدية تبرع ، والمهر واجب في ذمته ، والظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب عن ذمته .

ويجري هذا الحكم بين كل دائن ومدين وقع بينهما نظير هذا الاختلاف ، يؤيد ذلك أن المدين إذا كان له كفيل ، وقد كفله بأمره ، فدفع له الدين ، فإن كان دفعه له على وجه قضاء الدين ، ثم أراد استرداده منه فإنه ليس له ذلك ؛ لأنه ملكه بالدفع ، وإن كان دفعه له على وجه الرسالة ، ليدفعه إلى الطالب ، ثم أراد استرداده منه فله الاسترداد ، لأنه أمانة في يد الكفيل ، وإن أطلق المدين عند الدفع للكفيل ولم يبين أنه على وجه القضاء أو الرسالة ، فإنه يقع عن القضاء فلا يملك استرداده ، فقد حمل عند الإطلاق على جهة القضاء لما عليه من الدين ، لكون القضاء فيه تفرغ الذمة ، وإسقاط الواجب ، والأليق بالمدين أن يكون ساعياً وراء ذلك .

٦ - ظهور الثيبوبة أو البكارة ، كما لو تزوج العنين بكرة ، ثم طلبت التفريق بدعوى عدم وصوله إليها ، وادعى هو الوصول ، فأراها الحاكم للنساء ، وقلن إنها ثيب أو بكر ، فإن القول لأحدهما لمن يشهد له الحال من الثيبوبة والبكارة .

فهذه مقتضيات الترجيح الأولية التي يتقوى بها زعم أحد المتنازعين على الآخر ، والتي يجمعها كلمتا : الأصل والظاهر .

القسم الثاني : وجوه الترجيح الثانوية ، غير اليقينية ، وهي حجج الشرع الثلاث : البينة ، والإقرار ، والنكول عن اليمين ، وكذا القرينة

القاطعة المذكورة في المادة ١٧٤١ من المجلة^(١)، ويزاد عليها فرع العيب الذي لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة والخيف، فهي من فروع الأمانة القاطعة التي ذكرت في هذه القاعدة.

فإذا تعارض أحد هذه المرجحات الثانوية مع أحد المرجحات الأولية التي هي الأصل والظاهر، فإنه يتقدم عليها، ويترك الأصل والظاهر، لأن الترجيح بهما إنما كان استثناساً حتى يقوم دليل أقوى على خلافهما، فإذا قام عليه أحد الأدلة الأربعة القوية، التي هي في نظر الشرع تعتبر بمنزلة اليقين، يتبع ويحكم بمقتضاه دون الأصل والظاهر.

وإذا وصل المرجح الظاهر في الظهور إلى درجة اليقين القطعي فإنه يترجح على البينة، حتى لا تقام على خلافه، وله أمثلة:

١ - إذا ادعى الوصي أنه أنفق على اليتيم، أو على عقاره مبلغاً معيناً، فإن كان مبلغاً لا يكذبه فيه الظاهر، فالقول قوله بيمينه، وإن كان مبلغاً يكذبه فيه الظاهر فإنه لا يقبل قوله فيه، ولو أراد أن يقيم على ذلك بينة لا تقبل بيته أيضاً (الزرقا: ص ١١٢).

٢ - لو ادعى رجل دابة في يد آخر، وذكر أنها ملكه، ومنتوجة عنده، وأقام بينة شهدت بذلك، وأرخت التناج بتاريخ تنافيه سن الدابة وتكذبه، ترد الشهادة، وتترك الدابة في يد من هي في يده.

(١) وهي إذا خرج أحد من دار خالية خائفاً مدهوشاً، وفي يده سكين ملوثة بالدم، فدخل في الدار، ورؤي فيها شخص مذبح في ذلك الوقت، فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص (مرآة المجلة، يوسف آصاف ٤٦٦/٢).

ولو تنازع رجلان الدابة التي هي في يد ثالث ، وكل منهما يدعي ملكه لها ، ونتاجها عنده ، وأقام كل منهما بينة شهدت له بالملك والنتاج ، وأرخت البيتان التناج بتاريخين مختلفين ، وكانت سن الدابة توافق أحد التاريخين دون الآخر ، يحكم بالدابة لمن وافقت سنّها التاريخ الذي أيد بينته .

وإن ردّ الشهادة المخالفة لسن الدابة لما أرخته البينة دليل على أنه لو بين المدعي في دعواه تاريخاً للنتاج ، وظهر مخالفة سن الدابة للتاريخ الذي ذكره تردّ دعواه من أصلها ، ولا يكلف إقامة البينة (الزرقا : ص ١١٢) .

٣ - لو أقر شخص بنسب ولد مجهول النسب وهو في سنه ، أو أكبر منه ، أو في سن قريبة منه ، فلا يقبل هذا الإقرار ولا يثبت به النسب ، لأن ظاهر الحال يكذبه ، فلا يولد مثله لمثل المقر ، فيبطل الإقرار ، ولا تقبل عليه البينة بالأولى ، لأن الإقرار قد بطل ، مع أنه أقوى من البينة ، حتى لو أقر الخصم في دعوى ، بعد إقامة البينة ، ففضى الحاكم عليه ، يعتبر القضاء قضاء بإقراره لا بالبينة ، إلا في سبع مسائل يقضي فيها بالبينة دون الإقرار ، ستمر في قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» (م/ ١٩) (الزرقا : ص ١١٣) .

ولذلك يقول الفقهاء : «إن البينات تقام لإثبات خلاف الظاهر» والمراد من الظاهر النوع الأول الذي يعتبر قسيم الأصل ، ويقع به الترجيح في الابتداء حتى يثبت خلافه ، ولا يراد النوع الثاني الذي وصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه .

وإن ترجيح زعم أحد المتخاصمين على زعم الآخر في الابتداء يكون بشهادة الأصل أو الظاهر حتى يقوم دليل من المرجحات الثانوية على خلافه ، فإذا كان الأصل شاهداً لجهة ، والظاهر لجهة يرجح زعم من يشهد له الظاهر غالباً ، وإذا عارض الأصل أو الظاهر شيء من المرجحات الثانوية يقدم عليهما ، وهذا في النوع الأول من الظاهر ، أما النوع الثاني فإنه لا تقام بينة على خلافه ، لأن احتمال خلافه معدوم .

وبهذا يظهر أن القول الراجح هو قول من يتمسك ببراءة ذمته ؛ لأنه يشهد له الأصل ، وهو عدم شغلها ، حتى يقوم دليل على خلافه (الزرقا : ص ١١٣) ، وكل ذلك يدخل تحت القاعدة الفقهية «الأصل براءة الذمة» (م/٨) وهي متفرعة عن القاعدة الرئيسية «اليقين لا يزول بالشك» (م/٤) والبراءة الأصلية يقين مبدئياً حتى يثبت خلافه بدليل .

ويتفرع على القاعدة الأساسية عدة قواعد فرعية ، وهي القواعد الآتية ، وعددها خمس عشرة قاعدة .

١ - الأصل بقاء ما كان على ما كان (م/ ٥)

التوضيح :

سبق البيان أن الأصل في اللغة : أسفل الشيء ، ويطلق في الاصطلاح على معان كثيرة ، منها أنه يستعمل بما يقابل الفرع ، وبمعنى الراجع ، وبمعنى المستصحب ، وبمعنى الدليل ، وبمعنى القاعدة التي تبنى عليها المسائل ، والمنطبقة على جزئياتها ، وهذا المعنى الأخير هو المراد هنا .

وتعني القاعدة : أن الواقع أو الحكم الذي ثبت في الزمان الماضي ، ثبوتاً أو نفيّاً ، يبقى على حاله ، ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره ، أو أن الأس والمعيار في الأمور المتأخرة أن تبنى على الأمور المتقدمة ، فإذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء ، وليس هناك دليل يُحكم بمقتضاه ، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة ، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، فيصار حينئذ إليه .

ويعتمد الدليل المخالف على أحد أربعة أشياء : البينة ، والإقرار ، والنكول ، والأمانة الظاهرة ، إلا أن النكول يرجع إلى مجرد القرينة الظاهرة .

وهذه القاعدة مع القواعد الآتية من فروع القاعدة الرئيسية «اليقين لا يزول بالشك» وداخلات تحتها ، وتدخل فروعها في اليقين والشك .

كما تشير هذه القاعدة إلى مبدأ الاستصحاب ، وهو دليل شرعي مختلف في حجته كما قرر علماء الأصول^(١) .

التطبيقات :

١ - من يتقن الطهارة ، وشك في الحدث فهو متطهر ، أو يتقن الحدث وشك في الطهارة ، فهو محدث ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان (اللحجي : ص ٢٨) .

٢ - إذا مس الرجل الخشى ، أو لمسه ، فلا يتفرض وضوؤه ، لأنه كان متطهراً ، والأصل بقاء ما كان على ما كان (اللحجي : ص ٢٨) .

٣ - أحرم بالعمرة ، ثم بالحج ، وشك هل كان أحرم بالحج قبل طواف العمرة فيكون صحيحاً ، أم بعده فيكون باطلاً؟ حكم بصحة إحرامه ، وكذا إذا أحرم بالحج ، وشك هل كان في أشهر الحج أم قبلها؟ كان حجاً (اللحجي : ص ٢٨) .

٤ - أكل آخر النهار بلا اجتهاد ، وشك في الغروب ، بطل صومه ، لأن الأصل بقاء النهار ، ولو أكل آخر الليل ، وشك في طلوع الفجر ، صح صومه ، لأن الأصل بقاء الليل ، ولو نوى الصوم ، وشك هل طلع الفجر أم لا؟ صح صومه بلا خلاف (اللحجي : ص ٢٨) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٣ ، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٠٣ ، جمع الجوامع لابن السبكي ٢/ ٣٩١ ، مختصر ابن الحاجب ص ٢١٧ ، المدخل إلى مذهب أحمد ص ١٣٣ ، تيسير التحرير ٤/ ١٧٧ ، أصول السرخسي ٢/ ٢٢٣ ، إرشاد الفحول ص ٢٣٧ وما بعدها .

٥ - تعاشر الزوجان مدة مديدة ، ثم ادعت عدم الكسوة والنفقة ، فالقول قولها ، لأن الأصل بقاءهما في ذمته وعدم أدائهما (اللحجي : ص ٢٨ ، الزرقا : ص ٨٨) .

٦ - اشترى ماءً ، وادعى نجاسته ، ليرده ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل طهارة الماء (اللحجي : ص ٢٨) .

٧ - ادعت الرجعية امتداد الطهر ، وعدم انقضاء العدة ، صدقت ، ولها النفقة ، لأن الأصل بقاءها (اللحجي : ص ٢٨ ، الزرقا : ص ٨٨) .

٨ - المفقود ، وهو الغائب غيبة منقطعة ، أي انقطع خبره ، ولا تعلم حياته ولا موته ، فإنه يعتبر حياً إلى أن يثبت موته حقيقة بالبينه ، أو حكماً بأن يقضي القاضي بموته بعد موت جميع أقرانه ، أو بلوغه التسعين سنة من عمره ، وإلا يحكم أنه حي بحكم هذا الأصل ، فلا يقسم ، قبل ذلك ، ماله بين ورثته ، ولا تفسخ إجارته ، ولا تؤخذ وديعته من مودعه ، ولا تتزوج امرأته بآخر (الزرقا : ص ٩١ ، الدعاس : ص ١٣) .

٩ - ولو مات مسلم ، وله امرأة نصرانية ، فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت : أسلمت قبل موته ، وقال الورثة : أسلمت بعد موته ، فالقول قول الورثة عملاً بالاستصحاب إلا أن تثبت إسلامها قبل موته بالبينه . (الدعاس : ص ١٣ ، الزرقا : ص ٩١) ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً ، حيث يضيفون إسلامها الحادث لأقرب أوقاته .

١٠ - المدين : لو ادعى المستقرض دفع الدين إلى المقرض ، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع ، أو ادعى المستأجر دفع بدل الإجارة إلى المؤجر ، وأنكر المقرض والبائع والمؤجر القبض ، فالقول قولهم ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان وهو مبلغ

القرض ، والضمن ، والأجرة ، بعد ثبوتها في الذمة (الزرقا : ص ٨٨ ، الدعاس : ص ١٣) ، لأن هذه الديون تعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها ، ما لم يثبتوا الدفع ، لأنها كانت مستحقة بيقين ، ولهم تحليف أصحابها اليمين على عدم القبض ، فإذا حلفوا قضى لهم (الدعاس : ص ١٣) .

١١ - لو باع إنسان شيئين صفقة واحدة ، فهلك أحدهما عند المشتري ، وجاء بالآخر ليرده بعيب فيه على البائع بحصته من الثمن ، فاختلفا في قيمة الهالك ، فالقول للبائع ، لأن الثمن جميعه ثابت في ذمة المشتري ، فالأصل بقاء القدر المختلف فيه في ذمته ، حتى يبرهن على دعواه (الزرقا : ص ٨٨) .

١٢ - يوافق قاعدة الاستصحاب ما ذكره الأصوليون «أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نص بخلافه» (الدعاس : ص ١٤) .

المستثنى .

١ - لو مات نصراني مثلاً ، فجاءت امرأته مسلمة : وقالت : أسلمت بعد موته ، فلي الميراث ، اعتماداً على القاعدة : الأصل بقاء ما كان على ما كان ، فكانت نصرانية ، وتبقى كذلك حتى الموت ، فترث ، ثم أسلمت ، فلا يقبل قولها ، لأن الورثة يقولون : أسلمت قبل موته ، فلا ميراث لها ، فالقول قول الورثة لا المرأة .

فالمرأة تريد التمسك بالاستصحاب الحقيقي ، وهو استمرارها إلى ما بعد موت زوجها على دينه الذي كانت تدين به ، فهذا الاستصحاب لا يكفي حجة للاستحقاق ، والورثة يدفعونها عن

استحقاق الإرث ، لقاعدة : «يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته»
(م/ ١٠) ويتمسكون بالاستصحاب المعكوس ، وهو انسحاب مانع
الإرث القائم بالمرأة حين الخصومة ، يعني : إسلامها ، إلى ما قبل
موت الزوج ، والاستصحاب يكفي حجة للدفع ، فكان القول قولهم
(الزرقا : ص ٩١) .

٢ - إن المفقود لا يستحق الميراث من غيره ، ولا يستصحب حال
حياته ، بل يعتبر ميتاً في جانب الاستحقاق من غيره ، لأن
استصحاب حياته السابقة لا يكفي حجة للاستحقاق ، فلا يرث من
غيره ، بل يوقف نصيبه من المورث ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن
ثبت موته حقيقة أو حكماً أعيد النصيب إلى ورثة ذلك المورث .
(الزرقا : ص ٩١) .

وفي المثالين السابقين تمسك الحنفية بمبدأ أن الاستصحاب يصلح
حجة للدفع ، لا للاستحقاق ، وإنما كان الاستصحاب غير حجة
في الاستحقاق لأنه من قبيل الظاهر ، ومجرد الظاهر لا ينتهض
حجة في إلزام الغير ، ولما كان الاستحقاق على الغير إلزاماً له لم
يكتف فيه بالظاهر ، ولذلك قال الكرخي في «أصوله» : «الأصل أن
الظاهر يدفع الاستحقاق ، ولا يوجب الاستحقاق» وقال النسفي في
شرح ذلك : «من مسائل هذا الأصل أن من كان في يده دار ،
فجاء رجل يدعيها ، فظاهر يده يدفع استحقاق المدعي ، حتى لا
يقضى له إلا بالبينة ، ولو بيعت دار لجنب هذه الدار فأراد أخذ
الدار المبعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار ، فأنكر المدعي عليه

أن تكون هذه الدار التي في يده مملوكة له ، فإنه بظاهر يده لا يستحق الشفعة ما لم يثبت أن هذه الدار ملكه» (الزرقا : ص ٩٢) .

٣ - إذا ادعى المودع عنده ردّ الوديعة ، أو هلاكها ، والمالك ينكر ، فالقول للمودع عنده ، مع أن الأصل بقاؤها عنده ، وذلك لأن كل أمين ادعى ردّ الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله بيمينه ، لأن الأصل براءة الذمة ، وعدم التعدي والتقصير (الزرقا : ص ٩٣) .

٤ - لو ادعت المرأة مضي عدتها في مدة تحتل ذلك ، صدقت بيمينها ، مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجوبها ، وذلك لأن مضي العدة من الأمور التي لا تعلم إلا منها ، فإذا لم يقبل قولها في مضيها لا يمكن ثبوت مضيها أصلاً ، فقبل قولها في ذلك ضرورة (الزرقا : ص ٩٣) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٨٧ - ٩٣ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ١٣ - ١٤ ، إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٢٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٦ - ٥٨ ، درر الحكام ٢٣/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٢ ، ٨٣ ، المجموع المذهب ٣٠٣/١ .

٢ - ما ثبت بزمان يحكم ببقائه
ما لم يقم الدليل على خلاف (م/ ١٠)

الألفاظ الأخرى :

ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه .

التوضيح :

إن وجود الشيء في الماضي يعتبر باقياً باستصحاب الحال ، سواء كان ثبوت الملك الماضي بالبينة أو بإقرار المدعى عليه ، ويعتبر ذلك أصلاً يعتد به ، ما لم يوجد ما يغيره ، فإذا وجد ما يغيره فهو اعتراض على الأصل ودليل على خلافه فيبطله ، ويعمل بالثاني .

وهذه القاعدة قريبة من قاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان» (م/ ٥) حتى يثبت ما يغيره ويزيله ، فيحكم بما ثبت خلافاً للأصل .
والأخذ بالقاعدة يفيد في استقرار الأمور وثبوتها حتى يثبت ما يغيرها ويزيلها .

التطبيقات :

١ - إذا ثبت في زمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد ما يزيله ، سواء كان ثبوت الملك الماضي بالبينة أو بإقرار المدعى عليه (الزرقا : ص ١٢١) .

٢ - تقبل الشهادة بالملك المنقضي ، أي الماضي ، ويقبل الإقرار به أيضاً (الزرقا : ص ١٢١) .

٣ - ادعى أحد دينا في ذمة حي أو ميت ، وشهد به الشهود ، يكفي ، ولا حاجة أن يُبَيَّنوا أن هذا الدين باق في ذمته إلى حين وفاته (الدعاس : ص ١٤) ، وتقبل الشهادة ، ويحكم بها (الزرقا : ص ١٢٢ ، المجلة م/ ١٦٩٤) .

٤ - ادعى اثنان عينا ، مالا أو عقاراً ، وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه ، وقد أرخا تاريخاً ، ينظر إلى الأسبق تاريخاً ، فمن كان أسبق تاريخاً ترجحت بينته ؛ لأنها أظهرت له الملك في وقت لا ينازعه فيه الخصم ، فيحكم ببقاء الملك له إلى أن يثبت الخصم سبباً مزيلاً ليحكم له (الدعاس : ص ١٤) .

٥ - أن يدعي شخص ملكاً خالياً عن الإسناد إلى الماضي ، بأن يقول : العين التي بيد المدعى عليه هي ملكي ، سواء بين سبباً للملك أولاً ، ويشهد الشهود له بالملك في الماضي ، فيقولوا : إنها كانت ملكه ، أي في صورة ما إذا أطلق المدعي الملك ، أو يقولوا : إنها كانت ملكه بالسبب الذي ادعاه ، أي في صورة ما إذا بين المدعي سبباً للملك ، فتصح الدعوى من المدعي ، وتقبل من الشهود ، ويحكم القاضي للمدعي بالملك ؛ لأنه لما ثبت ملكه في الزمن الماضي فالأصل أن يحكم ببقائه ، حيث لم يقم دليل على خلافه إلى أن يوجد ما يزيله ، كأن يقيم المدعى عليه بينة على الشراء منه مثلاً (الزرقا : ص ١٢١) .

المستثنى :

١ - أن يدعي شخص ملكاً ماضياً ، فيقول : إنها كانت ملكي ، ويشهد الشهود بالملك المطلق الآن ، فإن الدعوى غير صحيحة ، وشهادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة أيضاً ، لأن إسناد المدعي ملكه إلى الماضي يدل على نفي الملك في الحال ؛ إذ لا فائدة للمدعي في إسناده مع قيام ملكه في الحال ، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي ؛ لأن إسنادهما لا يدل على النفي في الحال ؛ لأنهما قد لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب (الزرقا : ص ١٢١ ، ١٢٢) .

٢ - أن يدعي شخص ملكاً ماضياً ، ويشهد الشهود بالماضي أيضاً ، فلا يحكم له ؛ لأن دعوى المدعي غير صحيحة ، وشهادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة أيضاً ، لأنه أثبت ملكه في الماضي ، وهذا يدل على نفي ملكه في الحال (الزرقا : ص ١٢١ ، ١٢٢) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٢١ - ١٢٤ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ١٤ ،
درر الحكام ٢٧/١ .

٣ - الأصل في الصفات العارضة العدم (م/٩)

الألفاظ الأخرى :

- الأصل في الأمور العارضة العدم .
- الأصل في الصفات العارضة العدم ، كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود حتى يقوم الدليل على خلافه .

التوضيح :

الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين :

الأول : الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً ، بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً ، وهذه تسمى الصفات العارضة ، والأصل فيها العدم ، ومثل هذه الصفات غيرها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود والأفعال ، فما كان عدمه هو الحالة الأصلية أو الغالبة ، فيكون أمراً عارضاً ، ويكون العدم هو المتيقن ، لأنه هو الحالة الطبيعية ، ويكون تغيره إلى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه .

الثاني : الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده ، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً ، وتسمى الصفات الأصلية ، والأصل فيها الوجود والبقاء حتى يثبت إزالتها ، كالبكارة ، وسلامة المبيع من العيوب ، والصحة في العقود بعد انعقادها .

ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما ، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها^(١) .

التطبيقات :

١ - اختلف العاقدان في سلامة المبيع من العيوب وعدم سلامتها كالمرض ، أو في صحة البيع مثلاً وفساده ، فالقول لمن يتمسك بسلامة المبيع ، وصحة العقد ، لأنه يشهد له الأصل ، بخلاف ما لو اختلف المتعاقدان في صحة البيع وبطلانه ، فإن القول قول من يتمسك بالبطلان ، لأن الباطل غير منعقد ، فهو ينكر وجود العقد ، والأصل عدمه (الزرقا : ص ١١٧ ، الدعاس : ص ١٥) .

٢ - لو اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول قول المضارب بيمينه ، والبينة على رب المال لإثبات الربح (الدعاس : ص ١٥ ، الزرقا : ص ١١٨) .

والمضاربة : عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل في الجانب الآخر ، والمضارب : من يستحق الربح بعمله وتعبه .

٣ - لو زعم ورثة عاقد أن مورثهم كان حين التعاقد مجنوناً فاقداً لأهلية الأداء ، فعقده باطل ، وأنكر الخصم ، اعتبر العاقد عاقلأ حتى يثبت جنونه ، لأن الجنون آفة عارضة ، والفطرة الأصلية الغالبة هي العقل السليم (الدعاس : ص ١٥) .

٤ - لو قال الوصي : لم أتجر في مال اليتيم ، أو اتجرت ولم أربح أصلاً ، أو ما ربحت إلا كذا ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل العدم (الزرقا : ص ١١٨) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١١٧ .

٥ - لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع ، ولم يعلم هل دخل اللبن في حلقه أو لا ، فإن النكاح لا يحرم ؛ لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن (الزرقا : ص ١١٨) .

٦ - لو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع أو الثمن ، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض المأجور أو بدل الإجارة ، فالقول لمنكر القبض في جميع ذلك ؛ لأن الأصل عدمه (الزرقا : ص ١١٨) .

٧ - لو اختلف البائع والمشتري في شرط الخيار ، فالقول لمنكره ، لأنه صفة عارضة (الزرقا : ص ١١٨) .

٨ - لو دفع إنسان لآخر شيئاً ، ثم أراد استرداده مدّعياً أنه دفعه له عارية ، وقال القابض : إنك كنت بعثني إياه ، أو وهبني إياه ، فالقول للدافع في كونه عارية ؛ لأن الأصل عدم البيع والهبة (الزرقا : ص ١١٩) .

٩ - لو قال رجل لامرأته : إن لم أدفع لك نفقتك اليوم فأنت طالق ، ثم مضى اليوم ، فاختلفا ، فقال : دفعتها لك ، وقالت : لم تدفعها لي ، فالقول قولها ، ويترتب عليه وقوع الطلاق .

بخلاف ما لو قال لها : إن لم أدخل الدار اليوم فأنت طالق ، ثم اختلفا ، فقال : دخلتُ ، وقالت : لم تدخل ، فإن القول قوله ، وإن كان الأصل عدم الدخول ، وذلك لأن الشرط المعلق عليه إذا كان مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن التعليق ، كوصول النفقة وعدمه ، فينظر حينئذ إلى صورة التنازع ، فيكون القول قول منكره ، وهو هنا الزوجة ،

لأن الأصل عدم وصول النفقة إليها ، وأما إذا كان الشرط مما لا يصح التنازع فيه لذاته ، كدخول الدار وعدمه ، فإنه لا ينظر إلى صورة التنازع ، لأنه غير ممكن ، بل ينظر فيه إلى المقصود منه ، وهو وقوع الطلاق أو عدمه ، ولما كان مقصود الزوج بدعواه الدخول إنكار وقوع الطلاق ، كان القول قوله ؛ لأن الأصل عدم الوقوع ، وأمثلة ذلك كثيرة في الفروع (الزرقا : ص ١١٩) .

وإذا قام دليل على خلاف ذلك الأصل ، بأن كان الظاهر معارضاً له ، فإن الأصل يترك ، ويترجح جانب الظاهر ، كما قالوا في زوجة العين لو ادعت عليه عدم وصوله إليها ، وادعى هو الوصول ، وكانت بكرة حين العقد ، فإن الحاكم يريها حين الخصومة للنساء ، فإن قلن إنها بكر فالقول قولها ، وإن قلن إنها ثيب فالقول قوله في الوصول إليها ، مع أن الأصل عدم الوصول ، لأن ظهور ثبوتها مؤيد لدعواه ، فترك به الأصل ، وهذا من تعارض الأصل والظاهر ، وترجيح الظاهر (الزرقا : ص ١١٩) .

المستثنى :

١ - لو تصرف الزوج في غلات زوجته ، ثم ماتت ، فادعى أن تصرفه كان بإذنها ، وأنكر الورثة ، فإن القول قوله بيمينه ، مع أن الأصل عدم الإذن (الزرقا : ص ١٢٠) .

٢ - لو أراد الواهب الرجوع في هبته ، فادعى الموهوب له هلاك الموهوب ، فالقول قوله ، ولا يمين عليه ؛ لأنه حكى أمراً يملك استئنافه (الزرقا : ص ١٢٠) ، وهو هلاك الموهوب ، مع أنه أمر طارئ .

٣ - لو اختلف الزوجان في هبة المهر، فقالت الزوجة : وهبته لك بشرط أن لا تطلقني ، وقال الزوج : بغير شرط ، فالقول قولها ، مع أن الشرط من العوارض ، والأصل عدمه (الزرقا : ص ١٢٠) .

٤ - لو جاء المضارب بمبلغ ، وقال : هو أصل وريح ، وقال رب المال : كله أصل ، فالقول قول المضارب ، مع أن الأصل عدم الريح (الزرقا : ص ١٢٠) ، والريح أمر طارئ ، والأصل عدمه ، ومع ذلك يقبل هنا .

٥ - لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم ، فادعى الأب أنه أنفق عليهم ، فالقول قوله مع اليمين ، مع أن الأصل عدم الإنفاق (الزرقا : ص ١٢٠) ، وهو أمر طارئ ، فيستثنى من القاعدة ، لأن العادة أن ينفق الأب على أولاده^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١١٧ - ١٢٠ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ١٥ ، درر الحكام ٢٦/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧١ .

٤ - الأصل براءة الذمة (م/٨)

التوضيح :

الذمة لغة : العهد ، واصطلاحاً : وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه ، والإنسان يولد ، وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه^(١) .

والأصل أن يولد الإنسان بريء الذمة من وجوب شيء عليه ، وكونه مشغول الذمة بحق خلاف الأصل ، حتى يثبت ذلك بدليل مقبول ، لأن الذمم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من حقوق الغير . ويرجح قول من يتمسك ببراءة ذمته ، لأن يشهد له الأصل ، وهو عدم شغلها ، حتى يقوم دليل على خلافه .

ومستند هذه القاعدة أنها مأخوذة من الحديث الشريف الذي رواه البخاري ومسلم «ولكن اليمين على المدعى عليه» وفي رواية البيهقي الأكثر صراحة ودلالة هنا «البيئة على المدعي ، واليمين على من أنكر»^(٢) .

التطبيقات :

يتفرع على هذه القاعدة مسائل شتى من أبواب متنوعة ، كالبيع ،

(١) قال النووي : «الذمة والعهد والأمان بمعنى» (تحرير التنبيه ص ٣٤٤) .

(٢) صحيح البخاري (١٦٥٦/٤) صحيح مسلم بشرح النووي (٢/١٢) مسند أحمد (٣٤٣/١) سنن البيهقي (٢٥٢/١٠) .

والإجارة ، والعارية ، والوديعة والضمانات ، والغصب ، والقرض ، والإقرار ، وغير ذلك ، ولها أمثلة كثيرة ، وهي قاعدة مطردة .

١ - اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع ، أو خروجه عن ملكه مثلاً ، أو اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار بدل الإجارة بعد استيفاء المنفعة ، فإن القول قول المشتري والمستأجر ، والبينة على البائع والمؤجر ، لإثبات الزيادة ، أما لو كان اختلافهما قبل هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً في البيع ، وقبل استيفاء المنفعة في الإجارة ، ولا بينة لأحدهما ، فإنهما يتحالفان (المادة / ١٧٧٨ ، ١٧٧٩ من المجلة) لما ورد في السُّنة : «إذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة ، تحالفا وترادا»^(١) (الزرقا : ص ١١٤) .

٢ - إذا ادعى المستعير ردّ العارية ، فإن القول قوله ؛ إذ الأصل براءة ذمته ، وكذا لو ادعى الوديع ردّ الوديعة (الزرقا : ص ١١٤) .

٣ - إذا أئلف إنسان مال آخر ، واختلفا في مقداره ، فإن القول للمتلف يمينه ، لأنه ينكر ثبوت الزيادة في ذمته ، والأصل براءة الذمة ، والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة ، وكذا لو غصب إنسان شيئاً وهلك في يده ، ثم اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ، فالقول للغاصب ، وعلى المالك إثبات الزيادة ، وكذلك لو جاء الغاصب ليردّ عين المغصوب ، فاختلف هو

(١) هذا حديث ضعيف ويرد في كتب الفقه (نصب الرأية ٤/ ١٠٥ ، التلخيص الحبير ٣/ ٣١) وانظر أقوال علماء الحديث فيه في رسالتنا (وسائل الإثبات ٢/ ٦٨٤ - ٦٨٥) .

والمالك في مقداره ، فالقول للغاصب (الزرقا : ص ١١٤ ،
الدعاس : ص ١١٦) .

٤ - لو أقر إنسان لآخر بمجهول ، بأن قال : لفلان علي شيء أو حق ،
فإنه يصح ويلزمه تفسيره ، أي بيانه ، ويقبل منه أن يبينه بما له
قيمة ، وبما يتفق مع عبارته السابقة ، فلو بينه وادعى المقر له أكثر
مما بينه المقر ، فإن القول للمقر ، وعلى المدعي إثبات الزيادة ، أما
لو بينه بما لا قيمة له فلا يقبل بيانه ، لأنه بقوله : «له علي» أخبر
عن الوجوب في ذمته ، ومالا قيمة له لا يجب في الذمة ، فيكون
بيانه رجوعاً عن الإقرار ، والرجوع عنه لا يصح ، إلا في الحدود
باعتباره شبهة (الزرقا : ص ١١٤) .

قال الشافعي رحمه الله تعالى : «أصل ما أبني عليه الإقرار أني
أعمل اليقين ، وأطرح الشك ، ولا استعمل الغلبة» وهذه قاعدة
مطردة في الإقرار ، ومرجعها إلى أن الأصل «براءة الذمة»^(١) .

٥ - إذا اختلف الموكل مع الوكيل بالبيع ، في بيعه قبل علمه بالعزل أو
بعده ، فالقول قول الوكيل ، لأن الأصل براءة ذمته (الزرقا :
ص ١١٥) .

٦ - وهكذا ، كل من ادعى على غيره التزاماً ، أو حقاً بدين أو بعمل ،
مهما كان سببه من عقد أو اتلاف ، أو أي سبب آخر من أسباب
الضمان فعليه هو الإثبات ، إذا أنكر الخصم ، لأن هذا الخصم
يتمسك بحالة أصلية ، فيكون ظاهر الحال شاهداً له ما لم يثبت
خلافه (الدعاس : ص ١٦) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٩ .

٧ - اختلف شخصان في قيمة المتلّف ، حيث تجب قيمته على مُتلفه ، كالمستعير ، والمستام ، والغاصب ، والمودع المعتدي ، فالقول قول الغارم ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد (اللحجي : ص ٢٩) .

٨ - توجهت اليمين على المدعى عليه ، فنكل ، فلا يقضى بمجرد نكوله ؛ لأن الأصل براءة ذمته ، بل تعرض على المدعي ، وهي اليمين المردودة عند الشافعية (اللحجي : ص ٢٩) .

٩ - إذا اختلف شخصان في القرض ، بأن قال أحدهما : ملّكتكه على أن ترد بدله ، ثم اختلفا في ذكر البدل ، فالقول قول الآخذ ، لأن الأصل براءة ذمته (اللحجي : ص ٢٩) .

١٠ - لو قال الجاني : هكذا أوضحت ، وقال المجني عليه : أوضحت موضحتين ، وأنا رفعت الحاجز بينهما ، صدق الجاني ، لأن الأصل براءة ذمته (اللحجي : ص ٢٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٠٥ - ١١٥ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ١٥ - ١٦ ، إيضاح القواعد ، للحجي ص ٢٨ - ٢٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٩ ، درر الحكام ١/ ٢٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٤ .

هـ - الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (م/١١)

الألفاظ الأخرى :

الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن .

التوضيح :

الأصل في الصفات العارضة العدم ، فإذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات حتى يثبت الأبعد ، فإن ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك ، لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه ، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك ، فوجود الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك ، واليقين لا يزول بالشك .

هذا إذا كان الحدث متفقاً عليه ، وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه ، أما إذا كان الحدث غير متفق عليه ، بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه ، كما لو كان في ملك أحد مسيل لآخر ، ووقع بينهما اختلاف في الحدث والقدم ، فادعى صاحب الدار حدوثه ، وطلب رفعه ، وادعى صاحب المسيل قدمه ، فإن القول لمدعي القدم ، والقديم يترك على قدمه ، فإن أقام مدعي الحدث بينة قبلت (م/١٧٦٨) لأن بينته تثبت ولاية النقص ، وهي أولى من بينة مدعي

القدم إن قدم بينة ، لأن مدعي القدم منكر ، ومتمسك بالأصل ، والبيعة تقدم على الأصل والظاهر .

واعتبار هذه القاعدة مقيّد بأن لا يؤدي إلى نقض ما هو ثابت مقرر ، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال ، لا بدليل أوجب الحدوث للحال ، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت ، كما سيظهر من مستثنيات هذه القاعدة .

التطبيقات :

١ - ماتت امرأة بعد أن وهبت مهرها لزوجها ، فقال الزوج : وهبت حال صحتها ، وقال الورثة : حال مرضها ، فالقول للورثة ، لأن الهبة حادثة ، فتضاف لأقرب الأوقات من الموت ، وهو حال المرض (الدعاس : ص ١١٦) .

٢ - لو تبين في المبيع عيب بعد القبض ، وأراد المشتري رده مدعياً أنه كان موجوداً فيه عند البائع ، وزعم البائع أنه حدث بعد القبض عند المشتري ، وكان العيب مما يحدث مثله ، فإن القول قول البائع ، ويعتبر البيع حادثاً عند المشتري ، وليس له الفسخ حتى يثبت أنه قديم عند البائع ، لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته (الزرقا : ص ١٢٨ ، الدعاس : ص ١٧) .

أما إذا كان العيب مما لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة في العبد ، والخيف في الفرس ، وهو أن تكون إحدى عينيها سوداء ، والأخرى زرقاء ، فإن البائع يلزم به (الزرقا : ص ١٢٨) .

٣ - إذا طلق رجل زوجته طلاقاً بائناً، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها، فادعت الزوجة أنه أبانها، وهو في مرضه، فصار بذلك فاراً فترث هي منه، وقال الورثة: إنه أبانها في صحته، فلم يكن فاراً فلا ترث، فإن القول قول الزوجة، والبينة على الورثة، لأن الزوجة تضيف الحادث، وهو الطلاق، إلى أقرب الأوقات من الحال، وهو زمن المرض (الزرقا: ص ١٢٦).

٤ - لو مات رجل مسلم، وله امرأة نصرانية، فجاءت امرأته بعد موته مسلمة، وقالت: أسلمت قبل موته، فأنا وارثة منه، وقال الورثة: إنك أسلمت بعد موته فلا ترثين منه لاختلاف دينكما عند موته، فالقول للورثة، والبينة على الزوجة، ويتفق ذلك مع قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان (م/٥) حتى يثبت ما يغيره، وهو الاستصحاب للحال الأولى (الزرقا: ص ١٢٦).

٥ - لو أقر إنسان لأحد ورثته بعين أو دين، ثم مات، فاختلف المقر له مع الورثة، فقال المقر له: أقر لي في صحته، فالإقرار نافذ، وقال الورثة: أقر لك في مرضه، فالإقرار غير نافذ، فإن القول للورثة، والبينة على المقر (الزرقا: ص ١٢٦).

وكذا الحكم فيما لو وهب إنسان شيئاً لأحد ورثته ثم مات، فاختلف الموهوب له وبقية الورثة، فتضاف الهبة الحادثة إلى أقرب الأوقات، وهو مرض الموت (الزرقا: ص ١٢٧).

٦ - اشترى إنسان شيئاً بالخيار، ثم بعد مضي المدة للخيار، جاء المشتري ليرده على البائع، قائلاً: إنه فسخ قبل مضي مدة الخيار،

وقال البائع : فسخت بعد مضي مدة الخيار فلا يصح فسخك ، فإن القول قول البائع ، لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الحال (الزرقا : ص ١٢٧) .

٧ - باع الأب مال ابنه بحكم الولاية ، ثم اختلف المشتري والابن ، فقال المشتري : كان ذلك قبل بلوغك ، والبيع نافذ ، وقال الابن : كان بعد بلوغي ، فالبيع غير نافذ ، فإن القول للابن على الأصح (الزرقا : ص ١٢٧) .

كذا لو قال المحجور : بعث وتصرفت بعد الحجر عليّ ، فتصرفي غير صحيح ، وقال الخصم : قبل الحجر ، فالقول للمحجور ، والبيّنة على الخصم ، ولو أطلق من حجره فاختلف مع المشتري ، فقال المحجور : بعث منك قبل فك الحجر ، وقال المشتري : بعده ، فالقول للمشتري (الزرقا : ص ١٢٧) .

٨ - لو قال الوكيل بالبيع بعد عزله : بعث وسلمت قبل العزل ، وقال موكله : إنك بعث وسلمت بعد العزل ، وكان المبيع قائماً غير مستهلك ، فإن القول للموكل الذي يضيف الحادث إلى أقرب أوقاته ، وأما إذا كان المبيع مستهلكاً ، فإن القول للوكيل استثناء كما سيأتي (الزرقا : ص ١٢٧) .

٩ - رأى في ثوبه منياً ، ولم يذكر احتلاماً لزمه الغسل على الصحيح ، ولا يعيد إلا من آخر نومة نامها ، نص عليه في «الأم» لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته (الللحجي : ص ٣٠) .

١٠ - ضرب بطن حامل فانفصل الولد حياً ، وبقي زماناً بلا ألم ، ثم

مات ، فلا ضمان ، لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر . ويضاف الموت إلى أقرب أوقاته (اللعجي : ص ٣٠) .

١١ - فتح قفصاً عن طائر ، فطار في الحال ضمنه ، وإن وقف ثم طار ، فلا يضمن ، إحالة إلى اختيار الطائر (اللعجي : ص ٣٠) .

المستثني :

خرج عن هذه القاعدة مسائل ، منها :

١ - لو قال الوكيل بالبيع بعد عزله : بعث وسلمت قبل العزل ، وقال موكله : إنك بعث وسلمت بعد العزل ، وكان المبيع مستهلكاً ، فإن القول قول الوكيل ، بخلاف ما لو كان المبيع قائماً فالقول للموكل .

والفرق بين الحالتين أنه في حالة هلاك المبيع يكون مقصود الموكل إيجاب الضمان في ذمة الوكيل ، والوكيل ينكر الضمان ، فالقول قوله ، لأن الأصل براءة الذمة ، وأما في حالة قيام المبيع فإن إرادة التضمن غير ممكنة ، وإنما يدعي الوكيل حينئذ انتقال العين من ملك الموكل إلى ملك الآخر المشتري ، والموكل ينكر الانتقال ، فالقول قوله ، لأن الانتقال من الأمور العارضة ، فالأصل عدمها ، ويضاف الحادث إلى أقرب أوقاته (الزرقا : ص ١٢٧ - ١٢٨) .

٢ - ادعى الأجير على الحفظ أن العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها ، فيستحق كل الأجرة ، وقال المستأجر : هلكت قبل تمام

المدة بكذا أياماً ، فالقول للمستأجر بيمينه ، وذلك لأن من المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من الأجرة ، وإنما تثبت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلاً ، فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناء على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض الأمر الثابت المتقرر ، وهو فراغ ذمة المستأجر ، لأنه لم يثبت بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير ، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما تعتبر إذا لم يؤد اعتبارها إلى نقض ما هو ثابت ، فكان القول قول المستأجر ، ولأن إضافة الحادث ، وهو الهلاك هنا ، إلى أقرب الأوقات من قبيل الظاهر ، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق (الزرقا : ص ١٢٨) .

٣ - لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بعيب فيه ، بعد أن استعمله استعمالاً يفيد الرضا به معيباً ، فقال البائع له : إنك استعملته بعد اطلاعك على العيب ، فسقط حقك في الرد ، وقال المشتري : استعملته قبل الإطلاع على العيب ، فالقول للمشتري بيمينه .

ووجه كون القول للمشتري في أن استعماله كان قبل الإطلاع على العيب لا بعده أن خيار العيب في الصورة المذكورة قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة ، فيتقرر بقاؤه إلى أن يوجد المسقط يقيناً لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاؤه حتى يقوم الدليل على خلافه ، فدعوى البائع سقوط الخيار الثابت للمشتري تكون على خلاف الأصل المتقرر ، فلو حكمنا بأن القول قوله بناء على إضافة

الحادث لأقرب أوقاته يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت الذي لم نتيقن بإزالته ، فلذلك كان القول للمشتري في بقاء خياره .

ولا يقضى للمشتري بالرد بالعيب إلا بعد أن يحلفه الحاكم أنه لم يرضى بالعيب قولاً أو دلالة ، وهو قول أبي يوسف المفتي به ، وإن لم يدَّع عليه البائع أنه رضي به ، ولم يطلب تحليفه (م/١٧٤٦) .

وهذه الاستثناءات تدل على أن قاعدة «إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» إذا تعارضت مع قاعدة «الأصل براءة الذمة» أو «الأصل بقاء ما كان على ما كان» تترك قاعدة «إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» ويعمل بهاتين القاعدتين دونها ، لأنهما أقوى (الزرقا : ص ١٢٩) ، فإنهما تعتمدان على أصل ثابت ، وهو براءة الذمة ، واستصحاب الحال .

٤ - اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية ، فقال البائع له : إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته ، فسقط خيارك ، وقال المشتري : رضيت قبل أن أراه ، فلم يسقط خياري ، فالقول للمشتري (الزرقا : ص ١٣٠) .

٥ - لو مات ذمي فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت : إنني أسلمت بعد موته فأرثه ، وقال الورثة : إنك أسلمت قبل موته ، فلا إرث لك ، فالقول لهم ، مع أن إسلام الزوجة أمر حادث ، وهي تضيفه إلى أقرب أوقاته ، وهو ما بعد موت الزوج ، وذلك لأنها اعترفت بسبب الحرمان من الإرث ، وهو اختلاف الدين ، وتمسكت بالظاهر الذي هو إضافته إلى أقرب الأوقات ، لكي تستحق الإرث بذلك ، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق (الزرقا : ص ١٣٠) .

ولا يرد على هذا ما سبق : أن امرأة الميت إذا ادعت أنه أبانها في مرض موته ، وقال الورثة : في صحته ، فالقول قول الزوجة وتستحق الإرث ، فلا يقال : كيف استحققت الإرث هنا بالظاهر ، وهو إضافتها البينونة الحادثة إلى أقرب الأوقات الذي هو زمن المرض؟

والجواب أن بينهما فرقاً ، وذلك أن امرأة الذمي اعترفت باختلاف الدينين ، واختلاف الدين مانع من الإرث ، ولا يجتمع معه في حال يقيين ، فتمسكها بالظاهر ، وهو إضافته إلى ما بعد الموت ، يلزم منه نقض ذلك اليقين الثابت ، وأما مسألة المبانة فعلى العكس ، لأن إرثها بسبب الزوجية ثابت يقيين ، والبينونة لا تتجانب الإرث في جميع الأحوال ، بل تجتمع معه في حال دون حال ، فإن إبانة الزوج زوجته في مرض موته لا يمنع الزوجة من الإرث ، وهي إنما اعترفت بوجود البينونة التي لا تمنع من الإرث ، لحصولها في المرض ، وأما احتمال كون البينونة صدرت من الزوج في زمن الصحة الأبعد فليس إلا مجرد شك ، وإرثها بالزوجية ثابت يقيين ، فلا يزول بهذا الشك ، بل يبقى إلى أن يقوم دليل أقوى على خلافه (الزرقا : ص ١٣٠) .

٦ - لو تزوج رجل بامرأة ، ثم جاءت بولد ، واختلفا ، فقال الزوج : إنك ولدت قبل أن يتم لعقد النكاح ستة أشهر ، فالولد ليس بثابت النسب مني ، وقالت الزوجة : ولدت بعد أن تمَّ للعقد ستة أشهر فالولد ثابت النسب منك ، فالقول قول الزوجة بيمينها ، ولو أراد الزوج أن يقيم بينة على دعواه لا تقبل أيضاً ، لأن بيته تقوم في

المعنى على النفي ، وهو عدم تمام ستة أشهر من حين العقد إلى حين الولادة ، والبينة على النفي لا تقبل (الزرقا : ص ١٣١) .

٧ - لو اشترى داراً ، فاستحقت عَرَصَتَهَا ، ونقض البناء ، فادعى بقيمته على بائعه ، فاختلفا فيه ، فقال البائع : بعثها مبنية ، وقال المشتري : أنا بنيتها - أي بعد الشراء - ولي الرجوع ، فالقول للبائع ، فجعل القول قول البائع مع أنه يضيف الحادث ، وهو البناء ، إلى أبعد الأوقات ، وهو ما قبل البيع (الزرقا : ص ١٣١) .

٧ - لو دفع لآخر ألفاً مثلاً ليشترى له شيئاً بعينه ، فاشتراه ، وهلك الدراهم في يده ، ثم اختلفا ، فقال الآخر : هلك قبل الشراء ، أي وبطلت الوكالة بهلاكها ، فوقع الشراء للوكيل ، وقال المأمور : هلك بعد الشراء أي فيكون الشراء للآمر ، ويكون للمأمور الرجوع عليه بمثلها ، فالقول للآمر بيمينه (الزرقا : ص ١٣١) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ١٢٥ - ١٣١ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ١٦ - ١٧ ، إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٣٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٥ - ٦٦ ، المنشور للزركشي ١/ ١٧٤ ، درر الحكام ١/ ٢٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧١ .

٦ - لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م/١٣)

التوضيح :

الدلالة بفتح الدال في المعقولات ، وبكسرهما في المحسوسات ، وهي كون الشيء بحال يفيد الغير علماً ، ودلالة التصريح يقينية ، ودلالة الحال والقرائن محل الشك ، واليقين لا يزول بالشك ، والتصريح أقوى من الدلالة ، فإذا تعارض التصريح مع الدلالة فلا عبرة بالدلالة مقابل التصريح ، لأنها دونه في الإفادة وهو فوقها ، فيقدم الأقوى .

ولا يدخل بالدلالة هنا الدلالة اللفظية ، وهي دلالة الألفاظ على ما وضعت له ، لأنها تصريح ، ولا يدخل الدلالة العقلية كدلالة اللفظ على وجود الالفاظ ، ودلالة المصنوعات على وجود الصانع ، لأنه يوجد تلازم بين الدلالة العقلية ومدلولها .

والمراد بالدلالة ثلاثة أمور ، وهي :

١ - الدلالة اللفظية الطبيعية ، كما إذا قبل الرجل التهنتة بعد تزويج الفضولي له ، فيكون ذلك إجازة منه للعقد طبعاً ، ولكن إذا وقع ردّه قبل ذلك صريحاً ارتد .

٢ - الدلالة غير اللفظية الوضعية ، مثل المحاريب ، والأعلام ، والأميال ، والحفر ، والأغلاق ، والستور التي تتخذ وتنصب بإزاء ملك الغير

من أرض أو بستان أو حانوت لتدل على الإذن بالدخول ، أو على عدم الإذن ، فإنها تعتبر ، ويعتمد عليها ، ولكن إذا وجد التصريح بخلافها تلغى تلك الدلالة .

٣ - الدلالة الطبيعية غير اللفظية ، كدلالة الحمرة على الخجل ، والصفرة على الوجع ، ومثل دلالة ضحك البكر بلا استهزاء عندما بلغها خبر تزويج الولي ، فإنه يعتبر إجازة ، لكن إذا وجد قبله أو معه تصريح بالرد فتلغى تلك الدلالة^(١) .

وعند عدم التعارض يعمل بالدلالة لأنها في حكم التصريح ، فإذا وجد التصريح يعمل به بشرط يأتي قبل عمل الدلالة ، فإذا جاء التصريح بعد أن عملت الدلالة عملها فتعتبر الدلالة دون التصريح ، كما لو قام أحد العاقلين من المجلس قبل القبول فيبطل الإيجاب ، لأن القيام دليل الرجوع ، وتعمل الدلالة عمل الصريح ، فإن قال بعد القيام : قبلت ، ووجد الصريح فلا يعتبر ، لأنه وجد بعد عمل الدلالة عملها ، فلا يعارضها^(٢) .

التطبيقات :

١ - إذا دخل إنسان دار آخر يأذنه ليشرب من إنائه ، فوقع الإناء من يده ، وهو يشرب فلا ضمان عليه ؛ لأن المالك لم يصرح بالنهي عن الشرب ، فهو مأذون شرعاً بالدلالة ، والجواز الشرعي ينافي الضمان ، بخلاف إذا نهاه صاحب الدار عن الشرب ، ثم أخذه

(١) شرح القواعد الفقهية ص ١٤٢ - ١٤٣ .

(٢) المرجع السابق ص ١٤٤ - ١٤٥ .

ليشرب به ، فوقع من يده فانكسر فإنه يضمن قيمته ، ففي التصريح
بالنهي تنعدم الدلالة ، فلا حكم لها في مقابلته (الدعاس :
ص ١٧) .

٢ - يحق للبائع حبس المبيع لقبض الثمن ، فلو قبضه المشتري ، ورآه
البائع ، وسكت ، كان سكوته إذناً بالقبض دلالة ، فيسقط حقه في
الحبس ، ولو نهاه عن القبض فلا يسقط ، لأن التصريح أقوى من
الدلالة (الدعاس : ص ١٧ ، الزرقا : ص ١٤٢) .

٣ - يستدل على مصارف الوقف بتعامل القوام السابقين ، ولكن إذا
وجد كتاب الواقف الموثوق به ، فلا عبرة لتعامل القوام على
خلافه (الزرقا : ص ١٤٢) .

٤ - إذا باع عقاراً بيعاً صحيحاً شرعياً ، ثم ادعى أن البيع كان وفاء ،
وقال المشتري : إنه باتٌ قطعي ، ينظر ، فإن كان هناك دلالة على
الوفاء ككون الثمن دون ثمن المثل بعبء فاحش ، تسمع دعوى
الوفاء من البائع ، ويكون القول قوله (الزرقا : ص ١٤٢) ، ولكن إذا
وجد التصريح بالبتات فلا يعمل بتلك الدلالة ، ولا تسمع دعوى
الوفاء حينئذ (م/١٦٥٨) .

٥ - إذا قبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب ، ولم ينهه صح قبضه
وتمت الهبة ، ولا يملك الاسترداد منه بدون قضاء أو رضاء ، ولو
نهاه صريحاً لم يصح قبضه ، وله استرداده (م/٥٧) (الزرقا :
ص ١٤٣) .

٦ - لو زوج الأب ابنه الصغير ، وضمن عنه المهر ، ثم دفعه عنه ، أو

كان دفعه بلا ضمان ، فإنه لا يرجع على الصغير إلا إذا أشهد عند الضمان أو عند الدفع أنه يدفع ليرجع ، وعلة عدم الرجوع في الأولى إنما هو لجريان العادة بأن يتحمل الأب مهر ابنه الصغير ، بلا طمع في الرجوع ، فيكون متبرعاً دلالة ، ولكن إذا شرط الرجوع صريحاً تنتفي الدلالة ؛ لأن الصريح يفوقها (الزرقا : ص ١٤٣) .

٧ - لو اشترى إنسان حماراً ، ثم جاء ليرده بطريق الإقالة ، فصّرّح البائع له بأنه لا يقبله ، واستعمل البائع الحمار أياماً ، فطالبه المشتري ، برد الثمن ، فامتنع عن رده ، وعن قبول الإقالة ، كان له ذلك ، لأنه لما رفض الإقالة صريحاً بطل كلام المشتري فلا تتم الإقالة باستعمال له ، فقد لغّت دلالة استعمال البائع للحمار على الإقالة في مقابلة تصريحه برفضها (الزرقا : ص ١٤٣) .

٨ - لو وضع شخص الدراهم وأخذ المبيع ، وذهب به ، والبائع يصيح : لا أعطيها بهذا الثمن ، وكان معلوماً أن مراده تطيب قلب المشتري بذلك ، لا عدم الرضا ، فإنه لا ينعقد البيع (الزرقا : ص ١٤٣) .

٩ - لو عقد على أختين متعاقباً ، ونسي العقد الأول ، ثم دخل على إحداهما ، اعتبر دخوله بها بياناً لكونها هي السابق نكاحها ، فإذا صرح بعد دخوله بها أن تلك الأخرى هي السابق نكاحها يعتبر تصريحه بذلك ؛ إذ الدلالة لا تعارض التصريح .

وقد يبدو أن التصريح بعد أن عملت الدلالة عملها ، والحقيقة أن تبين ذات النكاح السابق أمر تابع للواقع ونفس الأمر ، لا للبيان ، فوطء الزوج لإحداهما لا يجعلها هي ذات النكاح السابق في نفس

الأمر ، بل يجعل بياناً ضرورة حمل فعله على الصلاح ، فإذا صرح بعده بأن الأخرى هي السابق نكاحها كان تصريحه فوق البيان الذي صير إليه ضرورة ، وأقوى في الدلالة على الواقع ونفس الأمر (الزرقا : ص ١٤٤ ، ١٤٥) .

١٠ - لو تنازع شخصان شيئاً في يد أحدهما ، وكل منهما يزعم ملكه بالشراء من شخص ثالث ، ولم يذكرا تاريخاً للشراء ، أو ذكره أحدهما فقط ، وأقام كل منهما البينة على دعواه ، ترجح بينة ذي اليد ، لأن تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ، لكن لو ادّعى الخارج أن شراءه قبل شراء ذي اليد ، وأقام بينة شهدت له بذلك يحكم له ، لأن تصريح الشهود يفوق دلالة اليد على سبق الشراء (الزرقا : ص ١٤٤) .

١١ - لو تنازع رجلان في امرأة ، فكل منهما يدعي أنها زوجته ، وأقاما بينتين على ذلك ، ولم يبيّنا تاريخاً للنكاح ، ينظر : فإن لم يكن دخل بها ، أو نقلها إلى منزله ، أحدهما ، تردّ البيتان ، لعدم إمكان الاشتراك في النكاح ، ويحكم بنكاحها لمن تصدّقه هي منهما ، وإن كانت في بيت أحدهما ، أو كان دخل بها تُرجح بينته ، ولا يلتفت إلى تصديقها لخصمه الآخر ، لأن تمكنه من نقلها أو الدخول بها هو دلالة على سبق عقده ، إلا إذا برهن الآخر على أنه تزوجها قبله ، فيكون حينئذ هو أولى بها ؛ لأن التصريح يفوق الدلالة (الزرقا : ص ١٤٤) .

وإذا كانت المدعى نكاحها ميتة ، وأقام كل منهما البينة ، ولم يؤرخا ، أو أرخا تاريخاً متحداً ، فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، وعلى كل

منهما نصف المهر ، ويرثان منها ميراث زوج واحد ، لأن المقصود من دعوى النكاح بعد موتها هو الإرث ، فكانت الدعوى دعوى مال ، ولا مانع من اشتراكهما في المال ، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني (الزرقا : ص ٦٥ ، ١٤٤) ، كما سيأتي .

المستثنى :

١ - قد تكون الدلالة في بعض الأوقات أقوى من التصريح ، فيثبت بها ما لا يثبت به في مسألة منصوص عليها ، وهي أن الحاكم ليس له أن يستنيب آخر عنه إلا إذا كان مفوضاً له بالاستنابة صراحة ، كـ «وَكُلُّ مَنْ شِئْتُ» ونحوه ، أو مفوضاً له دلالة : كجعلناك قاضي القضاء ، فإذا كان التفويض له صريحاً بما ذكر فإنه يملك الاستنابة ، ولا يملك عزل النائب ، أما إذا كان التفويض له دلالة فإنه يملك الاستنابة والعزل ، فعملت الدلالة ههنا ما لا يعمل الصريح ، ويثبت بها ما لا يثبت به (الزرقا : ص ١٤٥) .

٢ - اشترى شيئاً ثم اطلع على عيب فيه ، فاستعمله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب ، وهو يصرح بعدم الرضا به ، فإنه يلزمه المبيع ، ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا (الزرقا : ص ١٤٦) .

٣ - لو بنى المتولي ، في عقار الوقف ، أو غرس فيه ، ولم يشهد أنه لنفسه ، ثم اختلف مع المستحقين ، فقال : فعلته لنفسي ، وقالوا : بل للوقف ، فالقول قولهم ، ترجيحاً للدلالة بكونه متولياً ، وبنائوه وغرسه لنفسه غير جائز ، ويعدُّ خيانة منه ، والأصل عدمه ، فتقدم الدلالة على تصريحه بأنه فعل لنفسه . (الزرقا : ص ١٤٦) .

٤ - لو اشترى إنسان حيواناً ، ثم قال لمن يساومه عليه : اشتره فلا عيبَ به ، ولم يتم بينهما البيع ، ثم وجد به عيباً ، فله ردّه على بائعه ، ولا يمنعه إقراره السابق لمن ساومه بأنه لا عيب فيه ، لأن كلامه ذلك مجاز عن الترويج ، لظهور أنه لا يخلو عن عيب ، فيتيقن بأن ظاهر إقراره غير مراد ، إلا إذا كان عيّن نوع العيب ، فقال : لا شلل به ، أو لا عور مثلاً ، فإنه لا يرده بعد ذلك بهذا العيب الذي نفاه ، لأنه يحيط العلم به فيعتبر إقراره ، ويحكم بأن هذا العيب حدث عنده بعد إقراره بعدمه (الزرقا : ص ١٤٦) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٤١ - ١٤٦ ، القواعد الفقهية ص ١٧ ، المنشور للزركشي ٣٠٦/٢ ، درر الحكام ٣١/١ .

٧ - لا ينسب إلى ساكت قَوْل،
لكن السكوت في معرض الحاجة بيان (م/٦٧)

الألفاظ الأخرى :

- لا ينسب لساكت قول .
- لا ينسب إلى ساكت قَوْل ، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان .
- السكوت في معرض الحاجة إقرار وبيان .

التوضيح :

هذه القاعدة مكونة من قسمين مختلفين ، ولكل قسم تطبيقاته ، ومستثنياته ، وشرحه .

أولاً: لا ينسب إلى ساكت قول:

والمراد من الساكت هنا القادر على التكلم ، وليس كائناً في معرض الحاجة إلى بيان ، ولا مستعملاً للإشارة لتفسير لفظ مبهم في كلامه ، فلا يقال لهذا الساكت إنه قال كذا ، أما غير القادر على التكلم ، والمستعين بالإشارة فيأتي حكمهما في قاعدة «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان» (م/٧٠) كما سيأتي ، وإن كان الشخص في معرض الحاجة إلى بيان فسيأتي في الشرط الثاني من هذه القاعدة الذي سنشرحه ، وبالتالي فإن أكثر المعاملات المرتبطة بالألفاظ الصريحة

والعقود لا يعد السكوت فيها قولاً ، وهذا القسم من القاعدة هو عبارة الشافعي رحمه الله تعالى .

تطبيقات القسم الأول :

- ١ - سكنت زوجة العنين سنين ، فلا يكون سكوتها رضاً مسقطاً حقها في التفريق القضائي بينها وبين زوجها (الزرقا : ص ٢٣٨ ، الدعاس : ص ١٨) .
- ٢ - لو سكن أحد داراً غير معدة للإيجار ، وصاحب الدار ساكت ، فلا يعدّ سكوته إيجاراً فليس له حق في طلب الأجرة (الدعاس : ص ١٨) .
- ٣ - لو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ، لا يكون سكوته إجازة ، بخلاف ماله قبضه المشتري بعد ذلك بحضرته ، وهو ساكت ، فإنه يكون إجازة كما سيأتي في الشطر الثاني (الزرقا : ص ٣٣٧) .
- ٤ - لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه يبيع ويشترى ، فسكت ، لا يكون سكوته إذناً بالتجارة ، ولو لم يكن لهما ولي .
- ٥ - لو رأى غيره يتلف ماله ، فسكت ، لا يكون سكوته إذناً بإتلافه (الزرقا : ص ٣٣٧) .
- ٦ - لو تزوجت المرأة غير كفاء ، فسكت وليها عن طلب التفريق ، لا يكون سكوته رضاً على ظاهر المذهب ما لم تلد ، فلو ولدت فليس للولي التفريق ، حفظاً للولد عن التشتيت من الزوج ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن العقد لا يجوز ، وعلى روايته الفتوى (الزرقا : ص ٣٣٨) .

٧ - لو سكت السيد عن وطء أمته لا يسقط المهر (اللعجي : ص٧٤) .

٨ - لو سكت الشخص عن قطع عضو منه ، أو إتلاف شيء من ماله ، مع القدرة على الدفع ، لم يسقط ضمانه بلا خلاف ، بخلاف ما لو أذن في ذلك صراحة (اللعجي : ص٧٤) .

٩ - لو سكتت الثيب عند الاستئذان في النكاح ، لم يرق سكوتها مقام الإذن قطعاً ، لأنه لا ينسب للساكت قول (اللعجي : ص٧٤) .

١٠ - لو علم البائع بوطء المشتري الجارية في مدة الخيار ، لا يكون إجازة في الأصح (اللعجي : ص٧٤) .

١١ - لو حُمل البائع من مجلس الخيار ، ولم يمنع من الكلام ، لم يبطل خياره في الأصح ، لأنه لا ينسب للساكت قول (اللعجي : ص٧٤) .

قال ابن نجيم رحمه الله «وخرج عن هذه القاعدة (القسم الأول) مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق»^(١) أي ينطبق عليها القسم الثاني من القاعدة ، وعدد سبعة وثلاثين مسألة .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٧٨ - ١٨١ .

ثانياً: السكوت في معرض الحاجة بيان:

إن السكوت من القادر على التكلم في معرض الحاجة إلى الكلام كلام وبيان ، بشرط أن يكون هناك دلالة عرفية من حال المتكلم ، أو يكون هناك ضرورة لدفع الغرر والضرر ، يعني أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان ، وهذا القسم الثاني يعتبر بمثابة قيد واستثناء للقسم الأول .

تطبيقات القسم الثاني :

وهي نوعان :

أ - يتفرع على دلالة حال المتكلم مسائل :

١ - لو سكنت الفتاة البكر عند استئذان وليها بالتزويج ، أو زوجها الولي دون استئذنها ، ثم بلغها العقد ، فسكت ، اعتبر سكوتها إذناً وإجازة لدلالة الحال ، وقد قال رسول الله ﷺ عن الفتاة البكر البالغة إذا استأذنها وليها في عقد نكاحها : «إذنها صماتها» أخرجه مسلم وأحمد وأصحاب السنن^(١) ؛ لأن حالتها (وهي استحياؤها من إظهار الرغبة في الرجال ، لا من إظهار عدمها) تدل على أن سكوتها مع إمكان تصريحها بالردّ والحياء يمنعها ، بيان وإفصاح ، ففي الأولى : يكون العقد لازماً ، وفي الثانية : ينبرم ويلزم بعد وجوده موقوفاً (الزرقا : ص ٣٣٨ ، الدعاس : ص ١٩ ، اللحجي : ص ٧٤) .

(١) مختصر صحيح مسلم (٢٠٩/١) رقم ٨٠٢ ، ٨٠٣) مسند أحمد (٢١٩/١ ، ٢٤٢) سنن أبي داود (٣٢٧/١) جامع الترمذي مع تحفة الأحوذى (٢٤٠/٤) سنن النسائي (٦٩/٦) سنن ابن ماجه (٦٠١/١) .

٢ - لو باع شيئاً فاسداً ، وسلمه للمشتري ، ثم عيَّب البائع المبيع ، ينفسخ العقد ، ويصير بتعييبه له مسترداً ، حتى لو هلك عند المشتري من غير أن يمنعه عن البائع ، هلك على حساب البائع ، لأن العقد الفاسد معصية يجب على كل من العاقلين رفعها بالفسخ ، فاللائق بحال البائع أن يكون ساعياً وراء رفعها ، فاعتبر فعله التعييب استيلاء على المبيع واختياراً لفسخ العقد ، رفعاً للمصلحة ، فإن المبيع الفاسد إذا وصل إلى البائع من جهة المشتري بأي وجه ، يعتبر فسخاً (الزرقا : ص ٣٣٨) .

٣ - إن سكوت المالك عند قبض الموهوب له ، والمتصدق عليه ، والمرتهن ، والمشتري قبل نقد الثمن ، إذن ؛ لأن حالته من إقدامه على العقد الموضوع لإفادة حكمه ، ثم سكوته عند القبض ، مع قدرته على النهي ، تدل ، كصريح القول ، على الإذن ، وهذا بالنسبة إلى الشراء مقيد بأن يكون البيع باتاً ، أما لو كان البيع وفاء ، وهو البيع الجائز في بعض الكتب ، فلا يكون القبض قبل نقد الثمن جائزاً قياساً واستحساناً ، حتى كان له أن يسترده (الزرقا : ص ٣٣٩) .

ومثله يقال في سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة إذا قال لصاحبه : قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً فإنه يصير كما قال (الزرقا : ص ٣٣٩) .

٤ - ومن ذلك عقود التعاطي ، وسكوت الساكن عند قول المالك : فرغها ، وإلا فأجرتها كل يوم كذا ، فسكت الساكن ، فهذه دلالة حال على قبوله الإجارة والأجرة (الزرقا : ص ٣٣٩) .

٥ - إذا سئل المزكي عن الشاهد ، فسكت ، فهو تعديل إذا كان المزكي عالماً ؛ لأن حالته الدينية تدل على أنه لو لم يكن عدلاً لما سكت عنه (الزرقا : ص ٣٣٩) .

٦ - لو اشترت الأم للصغير مالاً يحتاج إليه فلا ينفذ عليه إلا إذا اشترت له من أبيه أو منه ومن أجنبي ، فإن إقدام الأب على البيع ، أو اشتراكه في البيع مع أجنبي ، إذن للأم بالشراء من الأجنبي (الزرقا : ص ٣٣٩) .

٧ - لو اشترى سلعة من فضولي ، وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت ، يكون رضا (الزرقا : ص ٣٣٩) .

٨ - لو سئل شخص عن مجهول النسب : هل هو ابنه ؟ فأشار بالإقرار به ثبت نسبه ؛ لأن إشارته هذه مع حرصه على صيانة النسب ، وتمكنه من النفي ، يقوم مقام القول (الزرقا : ص ٣٤٠) .

٩ - إذا دفعت الأم في جهاز بنتها أشياء من أمتعة الأب ، والأب يعلم ذلك وهو ساكت ، فليس له الاسترداد من بنته (الزرقا : ص ٣٤٠) .

١٠ - إن إنفاق الأم في جهاز بنتها من مال الأب ما هو معتاد ، والأب ساكت ، إذن منه ، ولا تضمن الأم (الزرقا : ص ٣٤٠) .

ب - يتفرع على ضرورة دفع الغرر والضرر مسائل :

١ - لو سأل القاضي المدعى عليه عما يقول في دعوى المدعي ، فأصر على السكوت ، فإنه يعتبر منكراً للدعوى ، ويكلف المدعي الإثبات ، دفعاً للضرر عن المدعي (الزرقا : ص ٣٤٠ ، الدعاس : ص ١٨) .

٢ - إذا عجز المدعي عن الإثبات ، وطلب التحليف ، فعرضت اليمين على المدعى عليه ، فسكت دون أن يحلف أو ينكل ، اعتبر ناكلاً عن اليمين ، ويقضي عليه بالنكول عند الحنفية ، وبرد اليمين عند الشافعية ، لأن توقف سير المحاكمة على كلامه يضر المدعى (م/ ١٨٢٢) (الزرقا : ص ٣٤٠ ، الدعاس : ص ١٨ ، اللحجي : ص ٧٤) .

٣ - إذا سكت الشفيع حين علم بالبيع ، فإنه تسليم للشفعة ، لأنه إذا لم يجعل تسليمًا كان تغريراً للمشتري وإضراراً به ، إما بامتناعه عن التصرف ، أو بنقض الشفيع تصرفه إذا تصرف (الزرقا : ص ٣٤٠) .

٤ - إذا وضع رجل متاعه عند رجل وهو يراه ، فسكت ، صار مودعاً ، دفعاً للضرر (الزرقا : ص ٣٤٠) .

٥ - إذا اشترى ما يتسارع إليه الفساد ، وغاب قبل القبض ، ولم ينقد الثمن ، وأبطأ ، فللبائع بيعه ، لرضاه بالفسخ دلالة ، ولدفع الضرر عن البائع ، لأنه يتلف عليه ، وإذا نقص الثمن لا يرجع على المشتري (الزرقا : ص ٣٤٠) .

٦ - لو اطلع على عيب في المبيع فقبضه ، أو دفع ثمنه ، فإن ذلك إسقاط منه لحق الرد بخيار العيب (الزرقا : ص ٣٤١) .

٧ - لو آجر الأرض للزراعة ، ولم يبين ما يزرع فيها ، فالعقد فاسد ، فإذا زرع المستأجر فيها وعلم المؤجر بما زرعه ، وسكت ، انقلب العقد صحيحاً ، ولزمت الإجارة ، ولم يبق للمؤجر حق الفسخ (الزرقا : ص ٣٤١) .

٨ - لو نقض بعض أهل الذمة العهد ، ولم ينكر الباقي بقول أو فعل ، بل سكتوا ، انتقض فيهم أيضاً (اللحجي : ص ٧٤) .

٩ - لو رأى السيد عبده يتلف ما لغيره ، وسكت عنه ضمنه ، والصغير والمجنون كالعبد في ذلك (اللحجي : ص ٧٤) .

١٠ - إذا سكت المحرم على حلق الحلال لرأسه مثلاً ، مع القدرة على منعه ، لزمه الفدية في الأصح ؛ لأن الشعر في يده بمنزلة الوديعة ، فيلزمه دفع مهلكاتها (اللحجي : ص ٧٤) .

١١ - لو باع رجل العبد البالغ وهو ساكت ، صح البيع ، ولا يشترط أن يعترف بأن البائع سيده في الأصح ؛ لأن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان (اللحجي : ص ٧٤) .

١٢ - القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح ، قال إمام الحرمين : بشرط أن لو عرض من القارئ تصحيف أو تحريف لردّه (اللحجي : ص ٧٥) .

١٣ - ذكر القاضي جلال الدين البلقيني مسائل آخر ، أكثرها مبني على القول الضعيف ، وبعضها اقترن به فعل قام مقام النطق ، وبعضها فيه نظر (اللحجي : ص ٧٥) .

١٤ - جمع العلامة الجعبري شيئاً في هذه المسألة في منظومته ، منها قوله :

قاعدة سكوتُ ذي التكليف	ليس رضاً في شرعنا الشريف
فيما سوى مسائلٍ ، فمنها	صمّتُ رسول الله عن أن ينهى
عما جرى يا ذا النهى بحضرته	والمجمعين بعده من أمته
والبكر في النكاح حين تُجبرُ	فإذنتها صماتها لا يُنكرُ
كذا التي ليست بذی إجبارٍ	سكوتها رضاً على المختارِ

فأضاف إلى أن اعتبار السكوت بيان أمرين : سكوت رسول الله ﷺ عن أمر صدر أمامه فلم ينكر عليه ، فيكون سكوته إقراراً ، وهو السنة التقريرية ، وسكوت علماء الأمة في الإجماع ، وهو المعروف بالإجماع السكوتي ، فهو حجة عند الجمهور ، وليس بحجة عند الشافعي رحمه الله تعالى^(١) . وكما لا ينسب إلى ساكت قول ، فلا ينسب له فعل^(٢) .

١٥ - لو باع المالك العين المغصوبة من الغاصب ، وهي في يده ، يكون بيعها له مسقطاً لحق حبسها بالثمن ، فليس له استردادها ليحبسها بالثمن (الزرقا : ص ٣٤١) .

١٦ - إذا سكتت البكر عند قبض المزوج لها ، أبا كان أو غيره ، مهرها ، كان ذلك إذناً منها بقبضه ما لم تنهه (الزرقا : ص ٣٤١) .

المستثنى :

يستثنى من هذه القاعدة في الشطر الثاني ، ويعتبر تطبيقاً للشطر الأول من القاعدة :

١ - إن الزوجين لو شرطاً في عقد النكاح تأجيل كل المهر ، ولم يشترطاً الدخول قبل حلول الأجل فللزوجة أن تمنع نفسها على الزوج إلى أن تقبض المهر استحساناً ، وبه يفتى ، وعلمته أن الزوج لما طلب تأجيل كل المهر رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع ،

(١) المستصفى للغزالي ١٨٩/١ ، شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحى ٢/٢١٢ ، ٢٥٤ ، إرشاد الفحول للشوكاني ص ٨٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٨ ، المنشور للزركشي ٢/٢٠٥ ، ٢٠٦ ، إيضاح القواعد ص ٧٥ ، درر الحكام ١/٦٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٨ .
(٢) المنشور للزركشي ٢/٢٠٩ .

فعدّوه مسقطاً حقه في الاستمتاع بدون قول منه (الزرقا : ص ٣٤١) .

٢ - إذا سكت القريب أو أحد الزوجين إذا رأى قريبه أو زوجه يبيع شيئاً فإنه اعتراف منه بأنه لا حق له فيه مع أنه ليس هناك دلالة من الحال ، ولا ضرورة لدفع الغرر والضرر ، وهذا هو الاستحسان ، قطعاً للتزوير الممكن بين الأقارب أكثر من غيرهم ، فهو تطبيق للجملة الثانية ، والقياس فيه أن لا يكون السكوت اعترافاً ، وهو تطبيق وتفرع للجملة الأولى (الزرقا : ص ٣٤٤) .

٣ - قد ينسب إلى الساكت قول في غير معرض الحاجة للبيان ، أو ضرورة دفع الضرر والغرر ، وذلك فيما يبنى من الأحكام على العرف ، كمسائل الأيمان ، فمن ذلك : ما لو حلف : لا يظهر سرّ فلان ، أو ليكتمنه ، أو حلف : لا يدل على فلان ، فسئل : هل كان سرّه كذا؟ أو هل فلان بمكان كذا؟ فأشار برأسه - أي : نعم - حنث في يمينه .

وكذا لو حلف : لا يستخدم فلاناً ، فأشار إليه بشيء من الخدمة ، حنث في يمينه ، سواء خدمه أو لم يخدمه .

والحنث في جميع ذلك لأن الأيمان تبنى على العرف ، وهو في العرف يكون بذلك مفشياً سرّ فلان ، ومعلماً به ، ومستخدماً له (الزرقا : ص ٣٤٤)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٣٣٧ - ٣٤٤ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ١٨ - ١٩ ، إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٧٤ - ٧٥ ، درر الحكام ٦٧/١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٨ ، المنشور للزركشي ٢/ ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، درر الحكام ٦٦/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٨ وما بعدها .

٨ - لا عبرة للتوهم (م/٧٤)

التوضيح :

التوهم : هو إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متردد فيه ، والمراد من التوهم : الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول ، وهذا لا يبنى عليه حكم شرعي ، ولا يمنع القضاء ، ولا يؤخر الحكم ، لأن الأمر الموهوم يكون نادر الوقوع ، ولذلك لا يعمل به في تأخير صاحب حق ؛ لأن الثابت قطعاً وبقيناً أو ظاهراً لا يؤخر لأمر موهوم .

ولا تكرار بين هذه القاعدة وقاعدة «لا عبرة بالظن البين خطؤه» (م/٧٢) ؛ لأن الظن هو إدراك الطرف الراجح ، والوهم : إدراك المرجوح ، ولكن يمكن أن يقال : إن حكم هذه القاعدة يفهم من تلك بالأولى ، وليس كذلك ؛ لأن قاعدة «لا عبرة بالظن البين خطؤه» موضوعة فيما إذا تبين خطأ الظن ، فجزم بعكسه ، فلا يفيد حكم الوهم بالأولى .

ولا عبرة للتوهم في الأحكام بخلاف المتوقع ، فإنه كثير الوقوع ، فيعمل بتأخير الحكم ، كما جوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب ، لأن ذلك متوقع بخلاف غيرهم ، وإذا ادعى شخص ديناً على ميت بمواجهة أحد الورثة فأقر

الوارث ، أو ادعى ديناً بوكالة أو وصاية ، فأقر المدعى عليه بالوكالة أو الوصاية ، أو ادعى المستحق على المشتري العين المبيعة أنها ملكه ، فأقر المشتري له بالملك ، جاز تأخير الحكم إلى إقامة البينة ، دفعاً للضرر المتوقع بإنكار الموكل الوكالة ، أو الوارث الوصاية ، ولأجل التعدي في الإقرار على المدعى عليه من المدينين ، ولأجل التعدي في الإقرار لبقية الورثة في دعوى الدين على الميت ، وللتعدي للبائع وتمكن المشتري من الرجوع عليه في دعوى الاستحقاق ، لأن الإنكار متوقع .

التطبيقات :

١ - لو أثبت الورثة إرثهم بشهود ، وانحصار الإرث بهم ، وقالوا : لا نعلم له وارثاً غيرهم ، فيقضى لهم بالإرث ، ولا عبرة لاحتمال ظهور وارث آخر يزاحمهم ؛ لأن ذلك موهوم فلا يعوق القضاء (الزرقا : ص ٣٦٣ ، الدعاس : ص ١٩) .

٢ - إذا شهد الشهود الثقات المعدلون على أحد بحق وجب الحكم بشهادتهم فوراً ، ويفسق الحاكم بتأخيرهم ، ولا عبرة لاحتمال خطئهم أو كذبهم ؛ لأنه من المحتمل كذب الشهود والمعدّلين ، لأن هذا الاحتمال مجرد توهم لا دليل عليه (الزرقا : ص ٣٦٤ ، الدعاس : ص ١٩) .

٣ - لو اشتبهت عليه القبلة ، فصلّى إلى جهة بدون تحر واجتهاد ، لا تصح صلاته ، لابتنائها على مجرد الوهم ، بخلاف ما لو تحرّى وصلى مع غلبة الظن فإنه تصح صلاته وإن أخطأ القبلة (الدعاس : ص ١٩) .

- ٤ - لو أثبت الغرماء ديونهم بشهود قالوا : لا نعلم له غريماً غيرهم فإنه يقضى لهم في الحال ، ولا عبرة لما عسى أن يظهر من الديون ، لأنه وهم مجرد (الزرقا : ص ٣٦٣) .
- ٥ - لو كان للدار المبيعة شفيعان ، غائب وحاضر ، وطلب الحاضر الشفعة ، فإنه يقضى له بها عند تحققها ، ولا يتأخر حقه لما عسى أن يحدث من طلب الشفيع الآخر عند حضوره ؛ لأنه موهوم . (الزرقا : ص ٣٦٣) .
- ٦ - لو كان لزيد جدار ملاصق لدار جاره ، فأراد أن يفتح فيه كوة فوق قامة الرجل ، فله ذلك ، وليس لجاره منعه عن فتحها بحجة أنه يطل على مقر نسائه إذا استعلى على شيء ، لأنه موهوم (الزرقا : ص ٣٦٣) .
- ٧ - لا يجوز الرهن بالدرك ؛ لأن استحقاق المبيع أمر موهوم ، بخلاف الرهن بالدين الموعود ، فإنه صحيح ، ويضمن ضمان الرهن ، لأن الدين الموعود ليس موهوماً بل متوقع الحصول ، وكذلك المشتري بخيار لو أعطى الثمن رهناً جاز ؛ لأن الإجازة متوقعة الحصول لا متوهمة (الزرقا : ص ٣٦٣) .
- ٨ - يكتفى في تعريف الشهود عليه إن كان غائباً عن مجلس الحكم بذكر اسمه واسم أبيه وجده ، واحتمال مشاركة سواء في اسمه واسم أبيه وجده مجرد توهم لا عبرة له (الزرقا : ص ٣٦٤) .
- ٩ - لو دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه ما لم يعلم أنه اكتسب الحرام (الزرقا : ص ٣٦٥) .

١٠ - لو ادعى ثمنين ، أو ثلاثة أثمان ، بسبب بيع هذا الشيء منه ، لا يجب إلا ثمن واحد ، وإن احتمل أنه باع ، فإنه لا يعتبر هذا الاحتمال (الزرقا : ص ٣٦٥) .

المستثنى :

خرج عن القاعدة مسائل :

١ - لو استأجر مَبَانَّتَه لإرضاع ولده منها ، ثم تزوجها ، لا تبطل الإجارة ، وإن كانت لم يبق لها فائدة متيقنة ، وذلك لأن حكم العقد ، وهو هنا لزوم الأجر للمستأجر ، وإن كان لا يثبت ابتداءً بوجه ثبوت فائدة لها ، لكنه يبقى ما بقي توهم الفائدة ، وتوهم الفائدة هنا ثابت بأن يطلقها بعد ذلك ، فتظهر فائدتها (الزرقا : ص ٣٦٥) .

٢ - لو انهدم بناء الدار المأجورة كله فإن الإجارة لا تبطل وإن سقطت الأجرة ؛ لأن توهم الفائدة بإعادة البناء ثابت ، حتى لو بناها المؤجر والمدة باقية لم تنقض بعد ظهور فائدتها ، ولزمت المستأجر الأجرة لما بقي من المدة (الزرقا : ص ٣٦٥) .

ويتفرع عليها : لو أجر مشاعاً فإنه لا يصح سواء كان يقبل القسمة أو لا ، ولكن لو طرأ الشيوع بعد العقد بأن أجر عقاراً بتمامه ، ثم استحق جزء منه شائع ، أو تفاسخ العاقدان الإجارة في بعض شائع منه ، تبقى الإجارة في الباقي ، وإن كان شائعاً (الزرقا : ص ٣٦٦) وهذا يدخل في قاعدة «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء» (م/٥٣) .

٣ - لو دفع المشتري من الفضولي الثمن له على رجاء إجازة المالك ، ثم أراد استرداده منه لم يملك استرداده قبل أن يفسخ المالك البيع ، فيمنع من استرداد الثمن مع أن الإجازة موهومة الحصول (الزرقا : ص٣٦٦) .

٤ - يمنع أن يرجع الباعة بعضهم على بعض الثمن إذا ظهر المبيع مستحقاً ، قبل أن يفسخ المستحق البيع ، أو يقضي القاضي بالرجوع بالثمن ؛ لأنه بالاستحقاق ظهر أن عقود الباعة كانت بالفضول ، وأنها تقبل الإجازة ، وفي عقد الفضولي لو دفع المشتري الثمن له لا يملك الاسترداد قبل انفساخ العقد ، فما لم يتنف احتمال الإجازة بفسخ المستحق أو بقضاء القاضي بالرجوع لا يرجع الباعة بالثمن ، وإجازة البيع توهم واحتمال بعيد (الزرقا : ص٣٦٦) .

٥ - لو دفع المدين الدين إلى فضولي على رجاء أن يجيز المالك ، فليس له أن يسترده منه لاحتمال الإجازة ، لأن الفضولي قبض فضولاً عن الدائن رجاء الإجازة منه لقبضه ، ولم يقبض بطريق الوكالة عن المديون ليدفع إلى الدائن ، ولو كان قبضه بطريق الوكالة عنه لم يكن فضولياً ، فحيث كان قبضه عن الدائن رجاء الإجازة لم يكن للدافع حق استرداد ما دفعه إليه (الزرقا : ص٣٦٦)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص٣٦٣ - ٣٦٦ ، القواعد الفقهية ، للدعاس : ص١٩ - ٢٠ ، درر الحكام ٤٣/١ .

٩ - لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل (م/٧٣)

الألفاظ الأخرى :

لا حجة مع الاحتمال

التوضيح :

لا حجة أي لا برهان مقبول ، ولا احتجاج مسموع ، مع قيام الاحتمال وانتصابه على أن ما قامت عليه الحجة ليس خالياً من التهمة ، فإن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله ، بشرط أن يكون هذا الاحتمال ناشئاً عن دليل .

أما إذا لم يكن ذلك الاحتمال ناشئاً ولا منبعثاً عن دليل ، بل عن مجرد توهم وحس ، فلا يقاوم الحجة ، ولا يقوى على معارضتها ؛ إذ لا عبرة بالاحتمال إذا لم يكن ناشئاً عن دليل ، لأنه توهم ، ولا عبرة بالتوهم (م/٧٤) كما إذا كان الإقرار لأحد الورثة واقعاً في حال الصحة ، فإنه يجوز ، واحتمال إرادة المقر حرمان سائر الورثة حينئذ من حيث إنه احتمال مجرد ونوع من التوهم ، فلا يمنع حجية الإقرار .

التطبيقات :

١ - لا تقبل شهادة الزوجين ، وشهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض

لاحتمال الميل الناشئ عن القرابة ، ولا تقبل شهادة الأجير الخاص لمستأجره ، لتمكن التهمة الناشئة عن علاقة قد تدفع إلى تحزب مريب يجب أن تتجرد الشهادة عنه (الدعاس : ص ٢٠) .

٢ - لو كان رجلان في سفينة بها دقيق ، فادّعى كل واحد السفينة وما فيها ، وأحدهما يعرف ببيع الدقيق ، والآخر يعرف بأنه ملاح ، فالدقيق للذي يعرف ببيعه ، والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح ، عملاً بالظاهر (الدعاس : ص ٢٠) .

٣ - لو أقر أحد لأحد الورثة بدين أو عين ، فإن كان في مرض موته فلا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة ، ولو في حياة المورث ، أو يجيزوه بعد موته ، وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستند إلى دليل ، وهو كونه في المرض (الزرقا : ص ٣٦١) .

٤ - لو وكل آخر بشراء شيء ، فشراه ، ولم يبين أنه شراره لنفسه أو لموكله ، ثم بعد أن تلف المشري بيده ، أو حدث به عيب قال : إني شريته لموكلي ، فلا يصدق ، لوجود احتمال صرفه لموكله وهذا الاحتمال ناشئ عن دليل ، وهو الإثلاف ، أو العيب (الزرقا : ص ٣٦١) .

٥ - لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله ، أو اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه ، لا يصح فيهما ، وهو بيع النائب لنفسه ، لوجود احتمال الغبن ، ومستند إلى ميل الإنسان لنفسه (الزرقا : ص ٣٦١) .

٦ - لو باع الوكيل مال موكله ، ولو بثمان المثل ، ممن لا تقبل شهادتهم له كأبويه وأولاده وزوجته بدون تفويض من الموكل لا يصح كذلك (١٤٨٦م ، ١٤٨٨ ، ١٤٩٦ ، ١٤٩٧ من المجلة) .

وكل ذلك لتمكن احتمال التهمة في فعل الوكيل ، وقيام الدليل على ذلك الاحتمال ، وهو أن يكون الحامل له في المثال الرابع على طرحه على الموكل هلاك المبيع أو تعيبه ، وفي بقية الأمثلة بحب الأثرة الحامل على المحاباة لنفسه ، أو لمن لا تقبل شهادته له (الزرقا : ص ٣٦١ - ٣٦٢) .

٧ - لو باع المريض مرض الموت ماله من وارثه ، ولو بأضعاف قيمته ، لم يجز عند أبي حنيفة إلا أن يجيز الورثة ، لأنه متهم ، لجواز أنه أراد إشاره على سائر الورثة بعين من أعيان ماله (الزرقا : ص ٣٦٢) .

٨ - لو أقر المريض لامرأته بأنه كان طلقها في صحته ، وانقضت عدتها ، وصدقته المرأة ، ثم أوصى لها بوصية ، أو أقر لها بدين ، ثم مات ، فلها الأقل من الميراث ومبلغ الوصية أو الدين المقرّ به عند أبي حنيفة ، لاحتمال التهمة في إقراره (الزرقا : ص ٣٦٢) .

٩ - لو باع شيئاً وسلمه ، وقبل أن يقبض ثمنه اشتراه من لا تقبل شهادته له من المشتري بأقل من الثمن الأول ، لا يجوز شراؤه عند أبي حنيفة ، لقيام دليل التهمة في ذلك (الزرقا : ص ٣٦٢) .

١٠ - لو شهد الوصي الوارث الكبير بدين على الميت لا تقبل شهادته عند أبي حنيفة لمكان التهمة (الزرقا : ص ٣٦٢) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٣٦١ - ٣٦٢ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ٢٠ ، درر الحكام ٧٣/١ .

١٠ - لا عبرة بالظن البين خطؤه (م/ ٧٢)

التوضيح :

«لا عبرة» أي لا اكتراث ، ولا مبالاة «بالظن البين خطؤه» بل يلغى ، ويجعل كأن لم يكن ، سواء أكان الخطأ ظاهراً ومبيناً للحال ، أو كان خفياً ثم ظهر بعد ، فإذا بني حكم أو استحقاق عن ظن ، ثم تبين خطؤه ، كان باطلاً ، ويجب الرجوع إلى حكم الشرع ، لأن الظن المجوز للعمل إذا بان خلافه باليقين بطل ذلك العمل ، وصار غير معتد به غالباً ، لأنه صار باطلاً ، وكل ما بني على باطل فهو باطل ، بخلاف ما إذا أخلف الظن إلى أكثر منه فلا يبطل ذلك العمل .

التطبيقات :

١ - لو دفع المدين الدين ، ثم دفعه عنه وكيله ، أو كفيله ، جاهلاً أداء الأصيل ، وكذا العكس ، يسترد الدافع الثاني ما دفع ، وكذا كل من دفع شيئاً على ظن وجوبه ، أو صالح عن حق مدعى به عليه ، ثم تبين أن لا حق عليه ، ولم يكن أقرّ به ، فله استرداد ما دفع ، أما إذا كان الدفع لا على ظن الوجوب بل بقصد التبرع والصدقة ، فإنه يجري عليه حكم الهبة والصدقة ، ولو كان الدفع لا على سبيل التملك كان وديعة فيسترد ، لأن الأمور بمقاصدها (م/ ٢) .

فكل من دفع ما ليس بواجب عليه على ظن وجوبه ، فله استرداده قائماً ، أو استرداد مثله أو قيمته هالكاً كالأمثلة السابقة ، وكذا لو دفع الكفيل الدين ، ثم تبين له فساد الكفالة فإن يرجع بما دفع ، وذلك كما لو كان لاثنتين على آخر دين مشترك ، فكفل أحدهما لصاحبه نصيبه من الدين لم تجز تلك الكفالة ، فلو دفع نصيب صاحبه فإنه يرجع عليه ، وكذا لو كفل وكيل البيع الثمن لموكله لم تجز تلك الكفالة ، فلو دفع الثمن لموكله ، رجع عليه به (الزرقا : ص ٣٥٨ ، الدعاس : ص ٢١) .

٢ - لو أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتي له بالوقوع ، ثم تبين عدمه ، لم يقع ديانة (الزرقا : ص ٣٥٧) .

٣ - لو تكلمت زوجته ، فقال : هذا كفر ، وحرمت عليّ ، ثم تبين أن ذلك اللفظ ليس بكفر لا تحرم (الزرقا : ص ٣٥٧) .

٤ - لو ادعى أن له عليه ديناً أو حقاً فصالحه عنه على بدل ، ثم تبين أن الدين لم يكن عليه ، أو أن الحق لم يكن ثابتاً ، كان له أن يسترد البدل ، ولكن يشترط في ذلك أن يكون الصلح لا عن إقرار ، وأن يكون تبين عدم ثبوت الدين أو الحق بغير إقرار المدعي قبل الصلح ، بأنه لا حق له قبله ، فلو كان الصلح عن إقرار ، أو أثبت المدعى عليه أن المدعي كان أقر قبل العقد (الصلح) أنه ليس له على المدعى عليه دين أو حق ، فإنه لا يبطل الصلح ، ولا يسترد المدعى عليه البدل ، لأنه يحتمل أنه لم يكن موجوداً عند الإقرار ، ثم وجد وصوله عنه ، ويطبق عليه هنا قاعدة : «اليقين لا يزول بالشك» (م/٤) (الزرقا : ص ٣٥٧) .

- ٥ - لو ظن أن للآخر عليه ديناً فقصاه إياه ، ثم تبين له عدمه رجع بما دفع (الزرقا : ص٣٥٨) .
- ٦ - لو دفع نفقة فرضها القاضي عليه ، ثم تبين عدم وجوبها ، رجع بها (الزرقا : ص٣٥٨) . ، ولو أنفق على البائن ظاناً حملها فبانت حائلاً استرد (الللحجي : ص١٨٨) .
- ٧ - لو ادعى عليه ألفاً مثلاً ، فقال المدعى عليه للمدعي : إن حلفت أنها لك عليّ أديتها لك ، فحلف ، فأداها له المدعى عليه ظناً منه أنها لزمته بحلف المدعي استردها منه (الزرقا : ص٣٥٨) .
- ٨ - لو أتلّف مال غيره يظنه ماله ضمنه (م٩١٤) (الزرقا : ص٣٥٨) .
- ٩ - لو دفع القصار إلى المالك ثوب غيره ، فأخذه على ظن أنه له ، ضمن ، لأن من أخذ ثوباً بلا أمر ربه ، والجهل فيه ليس بعذر ، وكذا لو طلب ثوبه من قصار ، فقال : دفعت ثوبك إلى رجل ظننت أنه ثوبه ، ضمن القصار ، كثيابي حمام سلم إليه رجل ثيابه ليحفظها ، فقال الثيابي : خرج رجل ، ولبس ثيابك ، فظننت أنها له ضمنه (الزرقا : ص٣٥٩) .
- ١٠ - لو ظن المكلف في الواجب الموسع أنه لا يعيش إلى آخر الوقت تضيق عليه الوقت ، فلو لم يفعله ، ثم عاش وفعله ، فأداء على الصحيح (الللحجي : ص٨٨) .
- ١١ - لو صلى بالاجتهاد في الوقت ، أو الماء ، أو القبلة ، ثم تبين الخطأ ، لم تصح صلاته (الللحجي : ص٨٨) .

- ١٢ - لو ظن أن إمامه مسلم ، أو رجل ، أو قارئ ، فبان كافراً ، أو امرأة ، أو أمياً ، لم تصح الصلاة (اللحجي : ص ٨٨) .
- ١٣ - لو ظن بقاء الليل ، أو ظن غروب الشمس ، فأكل ، ثم بان خلافه ، بطل صومه (اللحجي : ص ٨٨) .
- ١٤ - لو دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها ، فبان خلافه ، لم تجز (اللحجي : ص ٨٨) .
- ١٥ - لو رأوا سواداً فظنوه عدواً ، فصلوا صلاة شدة الخوف ، فبان خلافه ، قضوا في الأظهر (اللحجي : ص ٨٨) .
- ١٦ - لو استتاب على الحج ظاناً أنه لا يرجى برؤه فبرئ لم يسقط الفرض عليه ، ووجب عليه الحج بنفسه (اللحجي : ص ٨٨) .

المستثنى :

خرج عن هذه القاعدة صور ومائل :

- ١ - لو صلى خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه صحت صلاته (اللحجي : ص ٨٨) .
- ٢ - لو رأى المتيمم ركباً فظن أن معهم ماءً توجه عليه الطلب ، وبطل تيممه (اللحجي : ص ٨٨) .
- ٣ - لو خاطب امرأته بالطلاق ، وهو يظنها أجنبية وقع الطلاق ، أو خاطب عبده بالعتق وهو يظنه لغيره ، نفذ العتق (اللحجي : ص ٨٨) .

٤ - لو وطئ حرة يظنها زوجته الرقيقة فالأصح أنها تعتد بقرأين اعتباراً بظنه ، أو وطئ أمة يظنها زوجته الحرة فالأصح أنها تعتد بثلاثة أقراء اعتباراً بظنه أيضاً . (اللعجي : ص ٨٨) .

٥ - دخل رجل الحمام ، وقال للحمامي : احفظ الثياب ، فخرج ولم يجد ثيابه ، فقال الحمامي : إني رأيت أحداً رفع ثيابك إلا أنني ظننت أن الرافع أنت ، لا يضمن ، إذ لم يترك الحفظ لما ظن أن الرافع هو ، وهو قول مرجوح ، والأصح أن عليه الضمان (الزرقا : ص ٣٥٩) .

٦ - إذا اشترى شخص منقولاً ، فجاءه آخر وطلبه بالشفعة ، وظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول فدفعه له ، وقبض الثمن ، ثم علم أن الشفعة لا تجري في المنقول لا يملك استرداده ، وانعقد بيعاً بالتعاطي (الزرقا : ص ٣٥٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٣٥٧ - ٣٥٩ ، القواعد الفقهية ، للدعاس : ص ٢٠ - ٢١ ، إيضاح القواعد الفقهية ، لللعجي ص ٨٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٤ ، درر الحكام ١/ ٧٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨ .

١١ - من شك هل فعل شيئاً أو لا فالأصل أنه لم يفعله

التوضيح :

هذه القاعدة فرع عن قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» (م/٤) ؛ لأن الأمر المتيقن ثابت ، والشك لا يزيله ، ولا يؤثر عليه ، فيبقى الشيء في ذمة الإنسان ، ويعتبر أنه لم يفعله وعليه أدأؤه وفعله .

التطبيقات :

١ - من شك في طلاق امرأته ، هل طلق أم لا ، فلا يقع الطلاق ؛ لأن الأصل أنه لم يفعله (اللحجي : ص ٢٩ هامش) .

٢ - شك في ترك مأمور به في الصلاة كالقنوت ، سجد للسهو ، أو شك في ارتكاب منهي عنه كركوع زائد ، فلا يسجد ؛ لأن الأصل عدم فعلهما (اللحجي : ص ٢٩) .

٣ - من سها وشك : هل سجد للسهو؟ يسجد (اللحجي : ص ٢٩) .

٤ - من شك في أثناء الوضوء أو الصلاة أو غيرهما من العبادات في ترك ركن وجبت إعادته (اللحجي : ص ٢٩) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٢٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٤ .

١٢ - من تيقن الفعل، وشك في القليل أو الكثير،
عمل على القليل، لأنه المتيقن

الألفاظ الأخرى :

ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين .

التوضيح :

إن اليقين يبقى معمولاً به ، ويبقى ثابتاً ولازماً ، فمن شك في عمل القليل منه أو الكثير ، فالقليل هو المتيقن فيعمل به ، وهذه القاعدة فرع عن قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» (م/٤) وتعتمد القاعدتان على نفس الأدلة والمستندات ، ومتى شغلت الذمة بالأصل ، فلا تبرأ إلا بيقين .

التطبيقات :

١ - شك المتوضئ هل غسل ثنتين أو ثلاثاً ، بنى على الأقل ، وأتى بالثالثة (اللعجي : ص ٢٩) .

٢ - شك المصلي : هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟ بنى على الأقل (اللعجي : ص ٢٩) .

٣ - شك هل طلق واحدة أو أكثر؟ بنى على الأقل ، ولا يخفى الورع (اللعجي : ص ٢٩) .

- ٤ - من كان عليه دين ، وشك في قدره ، لزمه إخراج القدر المتيقن ، ويبقى الورع والاحتياط بإخراج الأكثر (اللحجي : ص ٢٩) .
- ٥ - من ثبت عليه دين ، وانشغلت ذمته به ، وشك في مقدار الأداء ، فلا يبرأ إلا بما تيقن أدائه (اللحجي : ص ٢٩) .
- ٦ - من نسي صلاة من الصلوات الخمس ، ولم يتيقن عينها ، فتلزمه الصلوات الخمس لتبرأ ذمته بيقين من الصلاة التي نسيها ، والباقي نوافل (اللحجي : ص ٢٩) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي : ص ٢٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١ ، المنشور للزركشي ١٣٥ / ٣ .

١٣ - الأصل العدم

التوضيح :

إن الأصل الثابت في الحقوق العدم ، ولا يلزم الشخص بشيء للغير ؛ لأن الأصل براءة الذمة (م/٨) .

التطبيقات :

- ١ - القول قول عامل القراض (المضاربة) في قوله : لم أربح ؛ لأن الأصل عدم الربح ، أو لم أربح إلا كذا ، لأن الأصل عدم الزائد ، وفي قوله : لم تنهني عن شراء كذا ، لأن الأصل عدم النهي ، والقول قول عامل القراض في قدر رأس المال ، لأن الأصل عدم دفع الزيادة (اللعجي : ص ٣٠) .
- ٢ - لو ثبت على شخص دين بإقرار أو بينة ، فادعى الأداء أو الإبراء ، فالقول قول غريمه ؛ لأن الأصل عدم ذلك (اللعجي : ص ٣٠) .
- ٣ - لو اختلف الجاني والولي في مضي زمن يمكن فيه الاندمال ، فالمصدق الجاني ، لأن الأصل عدم المضي (اللعجي : ص ٣٠) .
- ٤ - أكل طعام غيره ، وقال : كنت أبحت له لي ، وأنكر المالك ، صدق المالك ، لأن الأصل عدم الإباحة (اللعجي : ص ٣٠) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي : ص ٢٩ - ٣٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٣ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٩ .

١٤ - الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم عند الشافعي، وعند أبي حنيفة؛ الأصل فيها التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة.

الألفاظ الأخرى :

الحلال عند الشافعي ما لم يدل الدليل على تحريمه ، وعند أبي حنيفة : الحلال ما دل الدليل على حله .

التوضيح :

إن الله تعالى أباح أشياء كثيرة ، وحرّم بعض الأشياء ، وهذا متفق عليه ، وسكت الشارع عن أشياء فلم يرد نص بإباحتها ولا تحريمها ، وظهر أثر الخلاف في المسكوت عنه ، فعلى قول الشافعي «هو من الحلال» ، وعلى قول أبي حنيفة «هو من الحرام» .

ويعضد قول الشافعي ويقويه قوله ﷺ : «ما أحل الله فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً» أخرجه البزار والطبراني والبيهقي من حديث أبي الدرداء بسند حسن^(١) ، وروى الطبراني أيضاً من حديث أبي

(١) سنن البيهقي (١٢/١٠) .

ثعلبة الخشني رضي الله عنه : «إِنَّ الله فرض فرائض فلا تضيّعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها (فلا تفعلوها) ، وحدَّ حدوداً فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء ، من غير نسيان ، فلا تبحثوا عنها» وفي لفظ : «وسكت عن كثير من غير نسيان فلا تتكلفوها ، رحمة لكم فاقبلوها»^(١) وروى الترمذي وابن ماجه من حديث سلمان أنه رضي الله عنه سئل عن الجبن والسمن والفراء ، فقال : «الحلال ما أحل الله في كتابه ، والحرام ما حرّم الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه»^(٢) .

وفصل الزركشي هذه القاعدة في «قواعده» فقال : «الأصل في الأشياء الإباحة ، أو التحريم ، أو الوقف ، أقوال بناها الأصوليون على قاعدة التحسين والتقيح العقليين ، على تقدير النزول لبيان هدم القاعدة بالأدلة السمعية ، وحيث فلا يستقيم تخريج فروع الأحكام على قاعدة ممنوعة في الشرع»^(٣) .

التطبيقات :

يخرج على هذه القاعدة كثير من المسائل المشكل حالها :

- ١ - الحيوان المشكل أمره ، وفيه وجهان ، أصحهما الحل كما قال الرافعي (اللاحجى : ص ٣١) .

(١) المعجم الكبير للطبراني (٥٨٩/٢٢) طبع دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٤١٤هـ ، ١٩٩٣م .

(٢) جامع الترمذي مع تحفة الأحوذى (٣٩٦/٥) سنن ابن ماجه (١١١٧/٢) .

(٣) المتشور للزركشي ١٧٦/١ .

٢ - النبات المجهول تسميته فالأقرب للمحكي عن الشافعي في التي قبلها الحل (اللاحجي : ص ٣١) .

المستثنى :

الأصل في الإيضاع التحريم ، وهو نص قاعدة أخرى ستأتي^(١) بعد هذه القاعدة .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٣ ، ١١ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللاحجي ص ٣٠ - ٣١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٦ ، المشور للزركشي ١ / ١٧٦ ، ٢ / ٧٠ .

١٥ - الأصل في الأبزضاع الالحررم

الالوضمض :

إن حفظ العرض أأء الضرورمات الخمس الال الالشارع على إقامالها ، وبلان الأحكام لراعمالها ، وأأمم الالالاماة لها ، ومنع الاعالءاء علها ، والالعرض هو ما مالمح به الإنسان وئأم ، وماله المرأة ، فهمل فمل الأصل مألرمة على الرجال فمل الوطاء والالاساماع إلا بعقل الالناك أو ملك اللمم .

وماسال هذه القاعاء : قوله الالعالى فمل آمال الالالحررم : ﴿الالارم عللكم أمهاللكم ، وبناللكم ، وأألواللكم ، وعماللكم وآلالاللكم ، وبنال الأآ ، وبنال الأأل ، وأمهاللكم اللالل أراضللكم ، وأألواللكم من الرضاعاء ، وأمهال نساللكم ، ورباللكم اللالل فمل آألوركم من نساللكم اللالل أأللكم بهن ، فإن لم تكونوا أأللكم بهن فلا آنال عللكم ، وآلالل أبناللكم اللالل من أصلاللكم ، وأن آآملوا بلل الأأللل إلا ما قل سلف ، إن الله كان عفورا رآمأ ، والمأللنال من النساء إلا ما ملكل ألمانلكم ، آاب الله عللكم ، وأأل لكمل ما وراء ذلكم﴾ النساء/ ٣٣ - ٣٤ .

فإذا آقابل فمل المرأة آل وألرمة غلبال الالرمة ، ولذللك آطبلقال .

التطبيقات :

١ - إذا اختلطت محرمة بنسوة محصورات ، فيحرمن ، ويمتنع الاجتهاد ، لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه . (اللعجي : ص ٣١) .

٢ - وكل إنسان شخصاً في شراء جارية ، ووصفها ، فاشترى الوكيل جارية بالصفة ، ومات قبل أن يسلمها للموكل ، لم يحل للموكل وطؤها ، لاحتمال أن الوكيل اشتراها لنفسه ، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهراً في الحل ، ولكن الأصل التحريم حتى يتيقن سبب الحل . (اللعجي : ص ٣١) .

٣ - المعتمد في الإماء المجلوبات من الحبشة إن علم أنهم من غنيمة خُمست ، سباهن مسلم أو كافر ، ولم يسلمن في بلادهن ، الحل ، وإن لم يعلم فالعبرة باليد ، أي يد من هي في يده ، أو علم عدم التخميس ، فالحرمة (اللعجي : ص ٣٢) .

المستثنى :

اختلطت محرمة بنسوة غير محصورات ، فيجوز النكاح منهن ، رخصة من الله تعالى ، لثلا يَنْسَدَّ عليه باب النكاح^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، لللعجي ص ٣١ - ٣٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٧ ، المشور للزركشي ١٧٧/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٤ .

القاعدة الأساسية الثالثة: [١٨]

لا ضرر ولا ضرار (م/١٩)

التوضيح :

الضرر : إلحاق مفسدة بالغير ، والضرار مقابلة الضرر بالضرر ، فلا يجوز لأحد أن يلحق ضرراً ولا ضراراً بآخر ، وسبق ذلك بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي والزجر .

وهذه القاعدة لفظ حديث شريف حسن ، رواه ابن ماجه والدارقطني وأحمد والحاكم مسنداً ، ورواه مالك في «الموطأ» مرسلًا ، بلفظ «لا ضرر ولا إضرار»^(١) .

واستغراق النفي في الحديث الشريف يفيد تحريم سائر أنواع الضرر في الشرع ، لأنه نوع من الظلم ، ونفي الضرر يفيد دفعه قبل وقوعه بطريق الوقاية الممكنة ، ورفع بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيله ، وتمنع تكراره ، كما يفيد الحديث اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما ، لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه منعاً باتاً .

لكن هذه القاعدة مقيدة إجماعاً بغير ما ثبت بالشرع ، كالقصاص والحدود ومعاقبة المجرمين ، وسائر العقوبات والتعازير ، وإن ترتب عليها

(١) سنن ابن ماجه (٧٨٤/٢) سنن الدار قطني (٢٢٨/٤) مسند أحمد (٣١٢/١) ، (٣٢٧/٥) الموطأ (ص٤٦٤) المستدرک (٥٨/٢) سنن البيهقي (٧٠/٦) ، ١٥٦ ، ١٣٣/١ (الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٢) .

ضرر بهم ، لأن فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم ، ولأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح ، ولأنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضاً .

والمقصود بمنع الضرر هو نفي الازدياد في الضرر الذي لا يفيد سوى التوسع في دائرته ، لأن الإضرار ، ولو على سبيل المقابلة ، لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً ، وطريقاً عاماً ، وإنما يلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أنفع منه ، وقد ثبتت فروع فقهية كثيرة وشرعت توكيلاً من وقوع الضرر .

التطبيقات :

١ - من أتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله ، لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة ، وأفضل منه تضمين المتلف قيمة المتلف ، فإن فيه نفعاً بتعويض المضرور ، وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي (الدعاس : ص ٢٣) .

لأن مقابلة الإتلاف بالإتلاف لا تنفع المعتدى عليه ، ولا تعوض عليه قيمة ضرره ، وفي الوقت نفسه لا تردع المعتدي ، لأنه سيان عنده إتلاف ماله أو إعطاؤه للمضرور لترميم الضرر الأول ، فأصبحت مقابلة الضرر بالضرر ، والإتلاف بالإتلاف مجرد حماقة ليس إلا (الدعاس : ص ٢٣) .

٢ - لو أعار أرضاً للزراعة ، أو أجراها لها ، فزرعها المستعير أو المستأجر ، ثم رجع المعير ، أو انتهت مدة الإجارة ، قبل أن يستحصد الزرع ، فإنها تترك في يد المستعير أو المستأجر بأجر

المثل إلى أن يستحصد الزرع ، توقياً من تضرره بقلع الزرع قبل أوانه ، وهو بقل (الزرقا : ص ١٦٧ ، الدعاس : ص ٢٤) .

٣ - لو باع لآخر شيئاً مما يسرع إليه الفساد كالفواكه مثلاً ، وغاب المشتري قبل قبضه وقبل نقد الثمن ، وأبطأ وخيف فساد المبيع ، فللبائع أن يفسخ البيع ، ويبيع من غيره توقياً من تضرره بفساده ، دفعاً لضرره ، ولا يرجع على المشتري بشيء لو نقص الثمن الثاني عن الأول (الزرقا : ص ١٦٧ ، الدعاس : ص ٢٤) .

٤ - يجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد ، حتى تظهر توبتهم ، ولو لم يثبت عليهم جرم معين قضائياً ، دفعاً لشرهم ، لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون ، فيملؤون الأرض فساداً ، ولا يمكن إثبات شيء عليهم بطريق القضاء (الدعاس : ص ٢٤ ، الزرقا : ١٧٣) دفعاً لضررهم عن العباد بعد استفاضة دعارتهم .

٥ - اتخاذ السجون ، وجعلها مضجرة ، حتى يعلم أهل الفساد والدعارة أن مثل هذا السجن واقف لهم بالمرصاد ، فيرتدعوا ، ويكفوا عن أذى الناس ، كما أن السجن يقي المجرم من إضرار الحاكم به إذا عاقبه في وقت غضبه من جرمه ، فيرفعه إلى الحبس ريثما يسكن غضبه فيعاقبه حينئذ بما يستحقه من العدل (الزرقا : ص ١٦٦) .

٦ - شرع خيار الشرط وخيار الرؤية ، لدفع الضرر عن المشتري وحاجته إلى التروي لئلا يقع في ضرر الغبن ، أو بدفع الضرر بدخول ما لا يلائمه في ملكه (الزرقا : ١٦٦) .

٧ - شرع الحجر توقياً من وقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور ،

وتارة لغيره ، فإن من وجب حجره إذا ترك بدون حجر يضر بنفسه ، وقد يضر بغيره (الزرقا : ص ١٦٧) .

٨ - شرعت الشفعة توقياً من ضرر جار السوء (الزرقا : ص ١٦٧) .

٩ - يجبر الشريك على العمارة إذا كان وصي يтим ، أو متولي وقف ، وعند ضرورة تعذر القسمة ، توقياً من تضرر الصغير والوقف والشريك عند تداعي العقار للخراب (الزرقا : ص ١٦٧) .

١٠ - يحبس الموسر إذا امتنع عن الإنفاق على أولاده أو قريبه المحرم ، ويجوز ضربه في الحبس إذا أصر على الامتناع ، توقياً من وقوع الضرر بأولاده أو قريبه الفقراء ، ببقائهم بلا نفقة (الزرقا : ص ١٦٧) .

١١ - تمنع الظئر من فسخ الإجارة ولو حدث لها في أثناء مدة الإجارة عذر يسوغ لها فسخ الإجارة ، إذا كان الصغير لم يعد يأخذ ثدي غيرها ، ولم يستغن بالطعام ، توقياً من حصول ضرر للصغير (الزرقا : ص ١٦٧) .

وكذا إذا انتهت مدة الإجارة للظئر ، والصغير لا يأخذ ثدي غيرها ، ولم يستغن بالطعام ، فإنها تجبر على إرضاعه بأجر المثل توقياً من ضرر الصغير (الزرقا : ص ١٦٨) .

١٢ - مشروعية الخيار للبائع في فسخ البيع إذا كان يتضرر في غير ما باعه ، كما لو باع جذعاً مثلاً من سقف ، أو باع حصة شائعة من زرع مملوك له غير مستحصد ، وطالبه المشتري بالقسمة قبل استحصاد الزرع توقياً من تضرره فيما لم يبعه ، وهو بغية الزرع ، إذ لا تمكن القسمة إلا بقلع الكل (الزرقا : ص ١٦٨) .

١٣ - لو اشترى شيئاً فأجره ، ثم اطلع على عيب قديم فيه ، فله نقض الإجارة ليردّه بالعيب ، لأن الإجارة تفسخ بالأعذار (الزرقا : ١٦٩) .

١٤ - لو أعار شيئاً ليرهنه المستعير ، فرهنه بدين عليه ، ثم أراد المعير استرداده ، فله أن يدفع الدين للمرتهن ويأخذ العين المرهونة ، ولا يعد متبرعاً ، بل يرجع بما دفع على الراهن المستعير ، وكذا لو رهن الأب بدين عليه مال ولده الصغير الذي تحت ولايته ، فبلغ الصغير ، فله أن يقضي دين أبيه ، ويفك الرهن ، ولا يكون متبرعاً ، بل يرجع على أبيه بجميع ما قضاه عنه (الزرقا : ١٦٩) ، لدفع ضرر حبس ملكه عنه .

١٥ - لو باع المؤجر المأجور من أجنبي بإذن المستأجر ، وغاب البائع ، فأدى المشتري من الثمن بدل الإجارة للمستأجر ليسلم له المبيع المستأجر ، لا يكون المشتري متبرعاً ، لأنه مضطر للأداء في حال غيبته ، لتخليص ملكه (الزرقا : ١٦٩) .

١٦ - إذا وجد المستأجر بالمأجور عيباً قديماً ، أو حدث فيه عيب وهو في يده ، فإنه يستقل بفسخ الإجارة إذا أراد ، بلا حاجة إلى رضا المؤجر أو قضاء القاضي ، سواء في ذلك أكان قبل قبض المأجور أم بعده ، لأنه لو كلف انتظار رضا المؤجر أو قضاء القاضي لتضرر بجريان الأجرة عليه في أثناء ذلك (الزرقا : ١٧٠) فدفعاً للضرر عنه كان له الانفراد بالفسخ .

١٧ - لو أمر غيره بشراء شيء معلوم بألف مثلاً ، فشراه ولم يقبضه ولم يدفع الثمن إلى البائع حتى أعطى الآخر الثمن للمأمور ليدفعه

إلى البائع ، فأتلف المأمور الثمن ، وهو معسر ، فللبائع أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن ، فإذا دفع الآخر الثمن إلى البائع كان عليه أن يسلمه المبيع ، وللآخر أن يرجع على المأمور بالثمن ، لأنه مضطر في قضائه ، فهو كمصير الرهن (الزرقا : ١٧٠) .

١٨ - لو اشترى إثنان شيئاً قيمياً ، وغاب أحدهما ، فللحاضر دفع كل ثمنه وقبضه وحبسه عن شريكه إذا حضر حتى ينقد له الثمن لحصته ؛ لأنه مضطر ، ويجبر البائع على قبول كل الثمن من الحاضر ، ودفع كل المبيع له ، لدفع ضرر حبس ملكه عنه (الزرقا : ١٧٠) .

أما إذا كان المبيع مثلياً كالبرّ ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل ، بل يقسم ويأخذ الحاضر حصته منه (الزرقا : ١٧٠هـ) .

١٩ - إذا استقرض بالمراوحة إلى أجل معلوم ، ثم حل الدّين بموت المدين ، أو وفاة المديون قبل حلول الأجل ، فليس للدائن من المراوحة إلا بقدر ما مضى من الأيام (الزرقا : ١٧١) .

٢٠ - يبطل إقرار ذي اليد لشخص ثالث بالعين المدعى بها قبل الحكم بعد أن أقام المدعي شاهداً واحداً أو شاهدين ، ويبطل بيعه العين المدعى بها من شخص ثالث بعد أن برهن عليه المدعي قبل أن يحكم له ، وذلك دفعاً لضرر هذا الإقرار ، وضرر هذا البيع من ذي اليد على المدعي (الزرقا : ١٧١) .

٢١ - إذا أحدث الغاصب في العين المغصوبة ما يقطع حق المالك في استردادها ، كما لو كان المغصوب قماشاً فقطعه وخاطه ثوباً ، أو

كان حديداً فصنعه سلاحاً مثلاً، أو كان نحاساً فصنعه آنية، ثم مات الغاصب، أو حجر عليه، وكان له غرماء، فإن المالك يجعل أحق بالعين المغصوبة من سائر الغرماء حتى يأخذ حقه منها، وإذا هلكت هذه العين المحبوسة لحق المغصوب منه، قبل أن يستوفي منها حقه فتكون مضمونة على الغاصب، ولا تكون مضمونة على المغصوب منه ضمان الرهن، وإن كانت محبوسة لحقه، دفعاً للضرر عن المغصوب منه (الزرقا : ص ١٧١) .

٢٢ - إذا قال لآخر : بايع فلانا، وما بعته فعليّ، كان كفيلاً بثمن ما يبيعه إياه، ولكن له أن يرجع عن هذه الكفالة قبل أن يبيعه، فإذا قال للمكفول له : رجعت عن كفالتي، بطلت، وذلك لما عساه يلحقه من الضرر من هذه الكفالة، إذ المرء لا يجبر على تحمل الضرر، وإن رضي به، وليس في رجوعه قبل المبايعة ضرر على المكفول له (الزرقا : ١٧١) .

٢٣ - لا يحق للوكيل بشراء شيء معين أن يشتريه لنفسه من غير أن يُعلم الموكل بأنه يريد أن يشتريه لنفسه، وذلك دفعاً للضرر عن الموكل، إذ عساه أن يتضرر من عدم الحصول على مقصوده، ليسد حاجته (الزرقا : ص ١٧٢) .

٢٤ - يمنع شراء الحبوب وإخراجها من بلدة يضر بأهلها، لأن أهل البلدة يمنعون من الشراء للحكرة، وهذا أولى (الزرقا : ص ١٧٢) .

٢٥ - لا تجوز شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة دنيوية ، ويجب فسخ حكم الحاكم إذا كان بين المحكوم عليه والحاكم ، أو بينه وبين ابنه ، أو بينه وبين أبويه ، عداوة دنيوية بينة ، لئلا يصل إلى المشهود عليه ، أو المحكوم عليه ، ضرر من هذه العداوة ، لأنها تحمل الشاهد على المجازفة في شهادته ، وتحمل الحاكم على التحامل عليه غالباً (الزرقا : ص ١٧٢) .

٢٦ - إن المدعي إذا انكشف للحاكم أنه مبطل في دعواه ، أي يعمد البطل فيها ، فإنه يؤدبه ، وأقل ذلك الحبس ، ليندفع بذلك أهل الباطل واللد (الزرقا : ص ١٧٣) .

٢٧ - لا يصح عزل الوكيل ببيع الرهن ، فيما لو وكله ببيعه وإيفاء الدين من ثمنه إذا لم يؤد الدين عند حلول الأجل ، ولا يصح عزل وكيل الخصومة إذا كان توكيله بطلب المدعي عند إرادة المدعي عليه السفر ، لأن عزل الوكيل في الصورتين يضر بحق المرتهن ، وبحق المدعي ، ومثله إذا اشترى شيئاً بخيار للمشتري ، وأخذ وكيلاً من البائع ليردّ عليه المبيع بحكم الخيار إذا غاب البائع ، فلا يملك الموكل عزله ؛ لأن عزله يضر بالمشتري (الزرقا : ص ١٧٣) .

٢٨ - لو كانت الفلوس (وهي المتخذة من غير النقدين ، وجرى الاصطلاح على استعمالها استعمال النقدين) النافقة ثمناً في البيع ، أو كانت قرضاً (مما يثبت بالذمة) فغلت أو رخصت بعد عقد البيع ، أو بعد دفع مبلغ القرض ، فعند أبي يوسف تجب عليه قيمتها يوم عقد البيع ، ويوم دفع مبلغ القرض ، ورجحه

الكثيرون ، دفعاً للضرر عن المشتري والمستقرض ، وأوجبوا قيمتها كذلك في صورة ما إذا كسدت ، دفعاً للضرر على البائع والمقرض .

ويظهر أن الورق النقدي معتبر من الفلوس الرائجة ، وما قيل فيها من الأحكام السابقة ، يقال فيه ، ومن يدعي تخصيص الفلوس النافقة بالمتخذ من المعادن فعليه البيان (الزرقا : ١٧٤) .

أما لو كانت الفلوس النافقة معقوداً عليها ومدفوعة في عقد تعتبر فيه أمانة في يد القابض كالمضاربة ، فالمضارب يسترد مثل رأس ماله لا غير ، من غير نظر إلى غلاء أو رخص ، أو يأخذ قيمة رأس ماله عند القسمة بقيمته يوم القسمة لا يوم الدفع (الزرقا : ص ١٧٤ - ١٧٥) .

المستثنى :

يجوز معاقبة المجرمين ، وإن ترتب على العقوبة ضرر بهم ، لأن فيها عدلاً ، ودفعاً للضرر أعم وأعظم . (الزرقا : ص ١٧٥ ، الدعاس : ص ٢٣) (١) .

ويتفرع عن هذه القاعدة قواعد فرعية أخرى ، تبلغ إحدى عشرة قاعدة وهي الآتية :

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٦٥ - ١٧٦ ، القواعد الفقهية للدعاس ص ٢٢ ، درر الحكام ٣٦/١ .

١ - الضرر يدفع بقدر الإمكان (م/ ٣١)

التوضيح :

الضرر لا يقره الشرع نهائياً ، ويجب دفعه قبل وقوعه ما أمكن ، لأن الوقاية خير من العلاج ، كما يدفع الضرر بقدر الإمكان كلياً إن أمكن ، وإلا فبقدر ما يمكن ، بأن كان يجبر بعوض فيجبر به ، أما إذا لم يمكن دفعه بالكلية ، ولا جبره فإنه يترك على حاله .

التطبيقات :

- ١ - شرع الإسلام الجهاد لمقاومة الأعداء ، ودفع الضرر منهم (الدعاس : ص ٢٥) .
- ٢ - أوجب الشرع العقوبة على الجاني لقمع الإجرام ، فيكون عبرة لغيره (الدعاس : ص ٢٥) .
- ٣ - أقر الشرع حق الشفعة منعاً لضرر الجار أو الشريك (الدعاس : ص ٢٥) .
- ٤ - عفا بعض أولياء القتيل عن القصاص فينقلب نصيب الباقيين دية لدفع الضرر عنهم (الزرقا : ص ٢٠٧) .
- ٥ - يجب ردّ المغصوب عيناً إذا كان سليماً لدفع الضرر عن المالك ، فإن ذهبت عينه يجبر الضرر برد مثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان

قيماً ، سواء كان ذهاب العين حقيقياً كالطعام إذا أكله الغاصب ،
أو حكماً كما إذا كان شاة فذبحها وطبخها ، أو حنطة فطحنها .

وإن كان المغصوب غير سليم وأصابه عيب فاحش فوت بعض
منافعه فإن لم يكن المال ربوياً فيتخير المالك في جبر الضرر بين أخذه
وتضمن الغاصب ما نقص بالعيب ، أو طرحه عليه وتضمنه القيمة ، وإن
كان ربوياً يتخير بين أخذه معيباً بلا ضمان النقصان ، أو طرحه عليه
وتضمنه مثله أو قيمته من خلاف جنسه ، وإن كان العيب غير فاحش ،
وهو ما فوت الجودة ونقص المالية كالحرق اليسير فإن جبر الضرر يتعين
بأخذه ، وتضمن النقصان إلا في الربوي فيكون حكمه ما سبق (الزرقا :
ص ٢٠٧) .

المستثنى :

إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية ، ولا جبره فإنه يترك على حاله ،
كما إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه ، ولم يكن حدث عنده ما يمنع
الرد ، ثم اطلع على عيب قديم فيه فإنه لا يرجع بنقصان العيب ،
للقاعدة الفقهية الأخرى «تبدل سبب الملك كتبدل الذات» (م/٩٧) ، أما
لو هلك بيده أو وقفه فإنه يرجع بنقصان العيب (الزرقا : ص ٢٠٧ -
٢٠٨) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٠٧ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٢٥ ، درر
الحكام ٤٢/١ .

٢ - الضرر يُزال (م/ ٢٠)

الألفاظ الأخرى :

الضرر المزال .

التوضيح :

الضرر يجب إزالته ، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب ، فيجب رفع الضرر بعد وقوعه ، وهذه إحدى القواعد بشأن الضرر ، من حظر وقوعه ، ووجوب إزالته بعد الوقوع .

وأصل هذه القاعدة أنها استنبطت من قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » وهو حديث حسن (١) .

قال السيوطي : « اعلم أن هذه القاعدة يبنى عليها كثير من أبواب الفقه . . . ويتعلق بها قواعد » (٢) .

التطبيقات :

١ - من سلط ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال ، ويضمن المتلف عوض ما أتلف للضرر الذي أحدثه (الدعاس : ص ٢٥) .

(١) سبق بيان هذا الحديث ص ١٨٧ في القاعدة ١٨ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ ، وانظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤ ، المجموع المذهب ٢/ ٣٧٥ ، ٣٧٧ .

٢ - لو استقرض من الفلوس النافقة مبلغاً ، فكسدت ، فعليه قيمتها عند الصاحبين ، ورجح قولهما ، ثم إنهما اختلفا ، فقال محمد : عليه قيمتها في آخر أيام رواجها ، وقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم القبض ، وعليه الفتوى ، وبأنه أنظر للمقرض من قول محمد ، وأيسر ، لأن ضبط قيمته يوم الانقطاع عسر ، وكما رجحوا قول أبي يوسف في كساد الفلوس رجحوا قوله أيضاً فيما لو غلت أو رخصت بأنه تجب قيمتها يوم البيع لو كانت ثمناً ويوم القبض لو كانت قرضاً (الزرقا : ص ١٧٩) .

٣ - لو استقرض طعاماً بالعراق ، فأخذه المقرض بمكة مثلاً ، وقيمة الطعام فيها أغلى أو أرخص ، فعليه قيمة الطعام يوم القرض في بلد المقرض عند أبي يوسف ، وقوله الراجح .

فإيجاب قيمة الفلوس يوم صيرورتها ديناً في الذمة بالقبض أو بالبيع ، وإيجاب قيمة الطعام في بلد القرض مع أنهما مثليان أيضاً ، إزالة للضرر عن المقرض والبائع فيما إذا رخصا ، وعن المستقرض والمشتري فيما إذا غلوا (الزرقا : ص ١٨٠) .

٤ - مشروعية خيار التغرير القولي في البيع إذا كان معه غبن فاحش ، سواء كان التغرير من البائع للمشتري ، أو من المشتري للبائع ، أو كان من الدلال لأحدهما ، فإن المغرور يخير بين إمضاء البيع أو فسخه واسترداد ماله من مبيع أو ثمن (الزرقا : ص ١٨٠) .

٥ - مشروعية ضمان التغرير ، فإن الغار يضمن للمغرور ما تضرر بسبب تغريه له ، وذلك في ثلاث مسائل :

أ - أن يكون التغيرير واقعاً في ضمن عقد المعاوضة ، ولو كان فاسداً ، أو كان غير مالي كعقد النكاح ، فلو باع مال غيره فضولاً ، وقبض ثمنه ، فهلك في يده ولم يجز المالك بيعه ، وكان المشتري حين دفع الثمن له لا يعلم أنه فضولي ، فإنه يضمن له الثمن .

وكذا لو زوجه امرأة على أنها حرة ، فولدت منه ، ثم ظهرت أمة ، واستحقت ، وضمنه المستحق قيمة الولد ، لأن ولد المغرور حر بالقيمة ، رجع على المزوج .

وكذا لو قال رجل لآخر : «بايع ابني هذا» ، أي أضافه لنفسه ، وأمره بمبايعته ، «فقد أذنت له بالتجارة» فبايعه ، ثم ظهر أنه ابن الغير ، فإن المأمور يرجع على الأمر بضمن ما باعه .

وكما لو اشترى داراً مثلاً ، ثم بنى فيها ، ثم استحقت ، وقلع بناءه ، فإن له أن يسلم النقض لبائعه ويرجع عليه بقيمة البناء مبنياً يوم تسليمه ، سواء كانت أكثر من قيمته يوم بناءه ، أو أقل ، وقولهم : «شرى داراً ثم بنى فيها . . .» للاحتراز عما إذا بنى الدار ، ثم اشترى أرضها ، فاستحقت ، فإنه لا يرجع والحالة هذه بقيمة البناء ، لكون البناء قبل الشراء ، فلم يكن في ضمن المعاوضة .

ثم إذا رجع المشتري المغرور على البائع الغار بقيمة البناء إذا سلمه النقض ، فإنما يرجع بما يمكن نقضه وتسليمه ، وله قيمة ، فلا يرجع بما لا قيمة له بعد النقض كتطيينها ، وكما لا يرجع في ذلك لا يرجع فيما غرمه

المستحق لقاء منفعة استوفأها ، كما لو نقصت الأرض المستحقة بزراعة لها ، وضمنه المستحق نقصانها ، فإنه لا يرجع على بائعه بما ضمنه لنقصانها ، وكما لو ظهرت الدابة المشتراه وقفاً ، أو لیتیم أو معدة للاستغلال ، فضمنه المستحق بدل منفعتها عن المدة الماضية عنده ، فإنه لا يرجع على بائعه بما ضمنه من البدل ، لأنه كان لقاء منفعة استوفأها ، بالزراعة في الأولى ، وبالسكنى بالفعل ، أو بالتمكن منها ، في الثانية .

ب - أن يكون التغریر في ضمن قبض يرجع نفعه إلى الدافع ، كوديعة وإجارة ، فلو هلكت الوديعة أو العين المأجورة ، ثم استحققت ، وضمن المستحق الوديعة أو المستأجر رجع بما ضمنه على الدافع من مودع أو مؤجر .

ومثل الوديعة والإجارة المذكورین الرهن ، فلو رهنه عيناً ، ثم هلك في يده ثم استحققت وضمنها المستحق للمرتهن ، رجع على الدافع ، وهو الراهن ، بما ضمن .

ج - إذا ضمن الغار للمغرور صفة السلامة نصاً ، كما إذا قال لآخر : « اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن ، وإن سلكته وأخذ مالك فأنا ضامن » فسلكه وأخذ ماله فإنه يضمن (الزرقا : ص ١٨٠ - ١٨٢) .

وإن ضمان التغریر ليس محصوراً في المسائل الثلاث المذكورات ، وهناك مسائل آخر ، منها :

أ - إذا أعار لغيره أرضاً مدة معلومة للبناء أو للغراس ، فبنى المستعير فيها أو غرس ، ثم رجع المعير قبل انتهاء المدة المضروبة ، فإن له أن يكلفه قلع البناء والغرس ، ويضمن المعير للمستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع ، وذلك بأن يُقَوِّم قائماً إلى نهاية المدة ، ويقوِّم مقلوعاً - أي مستحقاً للقلع في الحال - فيضمن فرق ما بينهما بسبب تغريره له بالتوقيت ، ثم رجوعه قبل انتهاء الوقت ، فلو قوِّم مستحق القلع بخمسة مثلاً ، وقوم مستحق البقاء إلى نهاية المدة بعشرة ، يضمن للمستعير فرق ما بينهما وهو خمسة (الزرقا : ص ١٨٢) .

ب - لو أمر غيره بالحفر في جدار دار ، وهو ساكن فيها ، وهي لغيره ، فحفر ، فضمن المالك الحافر ، فإنه يرجع بما ضمن على الأمر إذا كان لا يعلم أن الدار لغيره ، لأنه غرّه ، وكذا يرجع عليه لو لم يكن ساكناً في الدار ، ولكن قال له : احفر لي ، فإنه يعدّ مغروراً من قبله ، فيرجع عليه (الزرقا : ص ١٨٢) .

ج- إن شهود القيمة أو القسمة إذا قوموا أموال اليتامى والأوقاف بغبن فاحش ، وهم يعلمون ، أو غبنوا الوقف في الاستبدال ، أو أخبروا بوجود المسوغ ، ولم يكن هناك مسوغ ، وهم عالمون بذلك ، فإنهم يضمنون النقص .

وكون المال المقوم وقفاً أو لیتیم غیر قید ، بل خرج مخرج
الغالب المعتاد من التساهل في مالهما ، وإلا فغير الوقف ومال
الیتیم كذلك .

وعرف الحنفية الغبن الفاحش بأنه : ما لا يدخل تحت تقويم
المقومين من أهل الخبرة ، فلو قوّم السلعة أحدهما بمائة درهم ،
وقومها الثاني بخمسة وتسعين ، وقومها الثالث بتسعين مثلاً ، فبيعها
بما بين التسعين والمائة فيه غبن يسير ، وبالتسعين مما دونها غبن
فاحش للبائع ، وبالمائة فما فوقها غبن فاحش للمشتري ، ثم حدد
المتأخرون من الفقهاء الغبن الفاحش ، للتيسير في الفتوى والقضاء
والتطبيق بأنه ما بلغ خمس القيمة في العقار ، وعشرها في
الحيوان ، ونصف العشر في العروض وسائر المنقولات ، وأخذت
بهذا مجلة الأحكام العدلية (م/ ١٦٥) (الزرقا : ص ١٨٢) .

٦ - لو قال الطحان لرب البُرّ : اجعل البُرّ في الدلو ، فجعله فيه ،
فذهب من الثقب إلى الماء ، والطحان عالم به ، يضمن ، إذ غره
في ضمن العقد ، وهو يقتضي السلامة .

وهذا يفيد أن الغرور الموجب للرجوع في ضمن عقد المعاوضة لا
يشترط فيه أن يكون في صلب العقد ، بل يكفي أن يكون مترتباً عليه
(الزرقا : ص ١٨٣) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٧٩ - ١٨٣ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ٢٥ ،
إيضاح القواعد الفقهية ، للحمي ص ٤٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ - ٩٥ ،
درر الحکام ٣٧/١ .

٣ - الضرر لا يزال بمثله (م/٢٥)

الألفاظ الأخرى :

الضرر لا يزال بالضرر

التوضيح :

هذه القاعدة قيد لقاعدة «الضرر يزال» (م/٢٠) أي أن الضرر يزال في الشرع إلا إذا كانت إزالته لا تتيسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير ، فحينئذ لا يرفع ولا يزال بضرر مثله ، ولا بما هو فوقه بالأولى ، ولا بما هو دونه ، فلا يزال ضرر امرئ بارتكاب ضرر امرئ آخر ، لأن الخلق كلهم عيال الله ، فساوى بينهم في الاحترام ، وفي هذه الحالة يجبر الضرر بقدر الإمكان ، فإن لم يمكن جبره فإنه يترك على حاله .

التطبيقات :

- ١ - لا يجوز للإنسان أن يدفع الغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره (الدعاس : ص ٢٥) .
- ٢ - لا يجوز للإنسان أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره (الدعاس : ص ٢٥) .
- ٣ - لا يجوز للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر ، ولا أن يأكل بدن آدمي (الدعاس : ص ٢٥ ، الزرقا : ص ١٩٦ ، اللحجي : ص ٤٤) .

٤ - إذا اطلع المشتري على عيب قديم ، وقد تعيب المبيع عنده امتنع الرد ، ورجع المشتري على بائعه بما يقابل الثمن ، إلا إذا رضي البائع بأخذه معيباً ، فيأخذه ، ويرجع جميع الثمن (الزرقا : ص ١٩٥) .

٥ - إذا انهدم البناء ، وأراد صاحب العلو بناء السفلى المهدم ليضع عليه علوه ، وأبى الآخر ، فلا يجبر الأبى على العمارة ، ولكن ينفق صاحب العلو من ماله على البناء ، ويمنع صاحبه من الانتفاع إلى أن يدفع له ما أنفقه على البناء إن كان بناء بإذنه ، أو بإذن الحاكم ، وإلا فحتى يدفع له قيمة البناء يوم بناءه (الزرقا : ١٩٥) .

٦ - إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة ، فإنه لا يجبر على الإنفاق ، لأن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه ، ولكن الحاكم يأذن للمرتهن بالإنفاق عليها ، ليكون ما ينفقه ديناً على الراهن ، لأن حق المرتهن تعلق بمالية المرهون وحبس عينه ، ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليه لتبقى العين (الزرقا : ص ١٩٥) .

٧ - إذا تعسرت ولادة المرأة ، والولد حي يضطرب في بطنها ، وخيف على الأم ، فإنه يمنع تقطيع الولد لإخراجه ، لأن موت الأم به أمر موهوم (الزرقا : ص ١٩٦) .

٨ - عدم وجوب العمارة على الشريك في الجديد (اللاحجي : ص ٤٤) .

٩ - عدم إجبار الجار على وضع الجدوع لجاره (اللاحجي : ص ٤٤) .

١٠ - عدم إجبار السيد على نكاح الأمة التي لا تحل له (اللعجي : ص٤٤) .

١١ - لا يجوز للمضطر أن يقتل ولده أو عبده ليأكله ، ولا يجوز له أن يقطع فلذة من نفسه إن كان الخوف من القطع كالخوف من ترك الأكل أو أكثر (اللعجي : ص٤٤) .

١٢ - لا يجوز قطع السلعة المخوفة من الرأس (اللعجي : ص٤٤) .

١٣ - لو سقط إنسان على جريح ، فإن استمر قتله ، وإن انتقل قتله كفاه أن يستمر ، لأن الضرر لا يزال بالضرر (اللعجي : ص٤٤) .

١٤ - لو كانت الزوجة ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها إلا بإفائها ، فليس له الوطء (اللعجي : ص٤٤) .

المستثنى :

يستثنى من القاعدة ما لو كان أحدهما أعظم ضرراً ، ولا بد من فعل أحدهما ، فإنه يرتكب أخف الضررين ، وله فروع :

١ - شرع القصاص ، والحدود ، وقتال البغاة ، وقاطع الطريق ، ودفع الصائل ، لأن الضرر الواقع خاص ، وأخف بكثير من الضرر العام (اللعجي : ص٤٤) .

٢ - يجوز شق جوف المرأة الميتة إذا رُجي حياة الجنين (اللعجي : ص٤٤) .

٣ - يجوز النكاح والوطء على ضرر إزالة البكارة (اللعجي : ص٤٤) .

٤ - شرع الفسخ بعيب المبيع ، وبالإعسار عن دفع الثمن (اللحجي : ص٤٤) .

٥ - يجوز إجبار المدين على قضاء الديون (اللحجي : ص٤٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص١٩٥ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص٢٥ ، إيضاح القواعد ، للحجي ص٤٤ ، الأشباه والنظائر ، للسيوطي ص٩٥ - ٩٦ ، شرح الكوكب المنير ٤/٤٤٢ ، درر الحكام ١/٤٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٦ ، المنشور للزركشي ٢/٣٢١ .

٤ - الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف (م/٢٧)

الألفاظ الأخرى :

- ١ - يختار أهون الشرين (م/٢٩) .
- ٢ - يدفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما .

التوضيح :

إن الضرر ليس على درجة واحدة ، وإنما يتفاوت في ذاته ، وفي آثاره ، والضرر يجب رفعه لقاعدة : الضرر يزال (م/١٩) وقاعدة : لا ضرر ولا ضرار (م/١٨) ولكن إذا لم يمكن إزالة الضرر نهائياً ، وكان بعضه أشد من بعض ، ولا بد من ارتكاب أحدهما ، فتأتي هذه القاعدة : الضرر الأشد يزال ويرفع ويتجنب بارتكاب الضرر الأخف ، وذلك لعظم الأول على الثاني ، وشدته في نفسه ، أو لأن الضرر الأول عام يعمُّ أثره ، والضرر الثاني خاص وينحصر أثره ، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

التطبيقات :

- ١ - الطلاق فيه ضرر ، ومع ذلك يرتكب وتطلق الزوجة للضرر والإعسار ؛ لأنه ضرر أشد (الدعاس : ص ٢٥) .

- ٢ - يجوز للمضطر تناول الميتة ، مع أن أكل الميتة فيه ضرر ، ولكن ضرر الهلاك أشد (الدعاس : ٢٦) .
- ٣ - يجوز للمضطر أكل مال الغير بدون إذنه ، لأن ضرر الهلاك أشد من ضرر الغير بأكل ماله ، لكنه يضمن (الدعاس : ٢٦) .
- ٤ - إذا عجز مريد الصلاة عن ستر العورة أو استقبال القبلة ، فإنه يصلي كما قَدِرَ (الدعاس : ٢٦) .
- ٥ - تجب النفقة في مال الموسرين لأصولهم وفروعهم ، لكن لا يشترط في نفقة الأبوين اليسار ، بل إذا كان كسوباً ضمهما إليه ، كما تجب نفقة الأرحام المحارم من النسب المحتاجين (الزرقا : ص ١٩٩) .
- ٦ - يحبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها ، ولو نفقة ابنه ، ويجوز ضربه في الحبس إذا امتنع عن الإنفاق (الزرقا : ص ١١٩) .
- ٧ - إذا بنى شخص بناء ، أو غرس في العرصة لسبب شرعي ، كما لو ورث إنسان أرضاً فبنى فيها ، أو غرس ، ثم استحققت فإنه ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس مع قيمة العرصة ، فأيهما كان أكثر قيمة يملك صاحبه الآخر بقيمته جبراً على مالكة (الزرقا : ص ١١٩) .

المستثنى :

لو غصب إنسان أرضاً فبنى فيها أو غرس ، ثم طلبها مالكةا فإن الغاصب يؤمر بقلع البناء أو الغرض مهما بلغت قيمته ، ولو كان الضرر أشد عليه ، إلا إذا كان قلعهما يضر بالأرض ، فإن المالك يتملكهما بقيمتها مستحقين للقلع (م/٩٠٦) (الزرقا : ص ١١٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١٩٩ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ٢٥ ، درر الحكام ٤٠/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٦ .

٥ - يُختار أهون الشرّين (م/١٩)

الألفاظ الأخرى :

- ١ - الضرر الأشد ، يزال بالضرر الأخف (م/٢٧) .
- ٢ - يدفع أعظم الضررين بارتكاب أخفهما .
- ٣ - إذا تعارض مفسدتان رُوعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما (م/٢٨) .
- ٤ - تحتل أخف المفسدتين لدفع أعظمهما .

التوضيح :

إن الشريعة جاءت لمنع المفساد ، فإذا وقعت المفساد فيجب دفعها ما أمكن ، وإذا تعذر درء الجميع لزم دفع الأكثر فساداً فالأكثر ، لأن القصد تعطيل المفساد وتقليلها بحسب الإمكان ، فإذا اضطر إنسان لارتكاب أحد الفعلين الضارين ، دون تعيين أحدهما ، مع تفاوتهما في الضرر أو المفسدة ، لزمه أن يختار أخفهما ضرراً ومفسدة ، لأن مباشرة المحظور لا تجوز إلا للضرورة ، ولا ضرورة في حق الزيادة ، والضرورة تقدر بقدرها .

ومراعاة أعظم الضررين بإزالته ، لأن المفساد تراعى نفيّاً ، والمصالح تراعى إثباتاً .

ومستند هذه القاعدة قوله تعالى : ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ ، وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ، وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ ، وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ ﴾ [البقرة/ ٢١٧] فبين الله تعالى أن مفسدة أهل الشرك في الكفر بالله ، والصد عن هداه ، وإخراج أهله منه وفتنة أهله ، أكبر عند الله ، وأعظم مفسدة من قتالهم في الشهر الحرام ، فاحتملت أخف المفسدتين لدفع أشدهما وأعظمهما .

وكذلك في صلح الحديبية فإن ما فيه من ضيم على المسلمين ، استشكله عمر رضي الله عنه ، أخف ضرراً ومفسدة من قتل المؤمنين والمؤمنات الذين كانوا متخفين بدينهم في مكة ، ولا يعرفهم أكثر الصحابة ، وفي قتلهم مَعَرَّةٌ عظيمة على المؤمنين ، فاقتضت المصلحة احتمال أخف الضررين لدفع أشدهما ، وهو ما أشار إليه قوله عز وجل : ﴿وَلَوْ لَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُّؤْمِنَاتٌ لَّمْ تَعْلَمُوهُمْ أَنْ تَطَّوُّوهُمْ فَتَضَيِّبَكُمْ مِنْهُمْ مَعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الفتح/ ٢٥] .

التطبيقات :

- ١ - جواز أخذ الأجرة على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات ، كالأذان ، والإقامة وتعليم القرآن والفقه (الزرقا : ص ٢٠١) .
- ٢ - جواز السكوت عن إنكار المنكر إذا كان يترتب على إنكاره ضرر أعظم (الزرقا : ص ٢٠١ ، الدعاس : ص ٢٦) .
- ٣ - جواز طاعة الأمير الجائر ، إذا كان يترتب على الخروج عليه شر أعظم (الزرقا : ص ٢٠١) .

٤ - جواز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته (الزرقا : ص ٢٠٢ ، الدعاس : ص ٢٦) .

٥ - إذا وقع إنسان بين أمرين : أحدهما أهون من الآخر ، كما إذا هُدد بالقتل على أن يرمى نفسه من مكان مرتفع عن الأرض مقدار ثلاثة أمتار ، يجب عليه رمي نفسه لاحتمال النجاة ، فيختار أهون الأمرين (الدعاس : ص ٢٦) .

٦ - إذا هدد شخص بالقتل على أن يرمى نفسه من مكان عالٍ كالمنارة فله الخيار ، لكون المفسدتين متساويتين (الدعاس : ص ٢٦) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٠٣ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٢٦ ، درر الحكام ٤١ / ١ ، قواعد الأحكام للعز ٥٩ / ٢ ، ٧٩ .

٦ - إذا تعارضت مفسدتان رُوعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما (م/٢٨)

الألفاظ الأخرى :

إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما
(م/٢٨) .

تحتل أخف المفسدتين لدفع أعظمهما .
يختار أهون الشرين (م/٢٩) .

التوضيح :

جاءت الشريعة لتحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم ، ودرء
المفسدة عنهم ، فيجب دفع المفساد كلها ما أمكن ، فإن عرضت
المفساد ، ولا يمكن دفعها كلها ، فيجب اختيار المفسدة الأخف ،
وارتكابها ، ودفع المفسدة الأعظم والأشد ، ومراعاة أعظم المفسدتين
تكون بإزالته ، لأن المفساد تراعى نفيًا ، والمصالح تراعى إثباتًا ، لأن
مقصود الشريعة تعطيل المفساد وتقليلها بحسب الإمكان ، واختيار
المفسدة الأخف ضرراً تساعد على تجنب الأشد ضرراً ، لأن مباشرة
المحظور لا تجوز إلا للضرورة ، ولا ضرورة في حق الزيادة .

ومستند هذه القاعدة قوله تعالى : ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ
فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدُّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكَفَرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ

وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل ﴿البقرة/ ٢١٧﴾
فبين تعالى أن مفسدة أهل الشرك من الكفر بالله ، وسبيل هداه ، والصد
عن المسجد الحرام ، وإخراج أهله منه ، وفتنة المؤمنين بالسعي
لإرجاعهم إلى الشرك ، أعظم من مفسدة قتال المشركين في الشهر
الحرام ، فاحتملت أخف المفسدتين لدفع أعظمهما ، كقاعدة «يختار
أهون الشرين» (م/ ٢٩) .

ودليلها أيضاً حديث بول الأعرابي في المسجد ، ونهى رسول الله
ﷺ أن يُزرموه ، لأن ذلك ضرر أعظم من تطهير محل البول^(١) .

التطبيقات :

نفس تطبيقات قاعدة «يختار أهون الشرين» (م/ ٢٩) وهي كثيرة ،
منها :

- ١ - جواز أخذ الأجرة على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات كالأذان
والإمامة وتعليم القرآن والفقه (الزرقا : ص ٢٠١) .
- ٢ - جواز السكوت على المنكر إذا كان يترتب على إنكاره ضرر أعظم
(الزرقا : ٢٠١ ، الدعاس : ص ٢٦) .
- ٣ - جواز طاعة الأمير الجائر إذا كان يترتب على الخروج عليه شر
أعظم (الزرقا : ص ٢٠١) .
- ٤ - جواز شق بطن المرأة الميتة لإخراص الولد إذا كانت ترجى حياته
(الزرقا : ص ٢٠٢ ، الدعاس : ص ٢٦) .

(١) هذا الحديث رواه الإمام أحمد (٣/ ١٩١ ، ٢٦٦) والبخاري (فتح الباري ١٠/ ٥٥١
رقم ٦٠٢٥) ومسلم (٣/ ١٩٠ رقم ٢٨٤) .

٥ - إذا طرأ فسق السلطان فلا يخرج عليه ؛ لأن في الخروج شراً أعظم (اللاحجي : ص ٤٤) .

٦ - إذا سَعَّر الإمام فإنه ينفذ ويرتكب التسعير ، ولا يخالف الإمام ، لأن الخلاف أعظم ضرراً (اللاحجي : ص ٤٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٢٠١ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ٢٦ ، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٤٧ ، درر الحكام ١/ ٤١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩ ، المشور للزركشي ١/ ٣٤٨ ، قواعد الأحكام للعلز ١/ ٤٦ ، ٤٨ ، ٧٩ .

٧ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (م/٢٦)

التوضيح :

يجب رفع الضرر ، لقاعدة : الضرر يزال (م/١٩) وقاعدة : لا ضرر ولا ضرار (م/١٨) ، ولكن قد يصعب رفع الضرر نهائياً ، وهنا يتفاوت الضرران قطعاً ، ويكون أحد الضررين لا يماثل الآخر ، في حقيقته ، أو في آثاره ، فيزال الأعلى بالأدنى ، وقد يكون عدم المماثلة لخصوص أحدهما ، وعموم الآخر ، فيرتكب الضرر الخاص ، ويتحمله صاحبه ، لدفع الضرر العام الذي يؤثر على المصلحة العامة ؛ لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة .

التطبيقات :

- ١ - يُحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمكاري المفلس ، وإن تضرروا بذلك لدفع ضررهم على الجماعة في أرواحها ودينها ومالها (الزرقا : ص ١٩٨ ، الدعاس : ص ٢٦) .
- ٢ - تزال الغرفة الوطية البارزة ، والجناح الداني ، والمسيل المضر ، إذا كان في طريق العامة وإن كانت قديمة (الزرقا : ص ١٩٧) .
- ٣ - يجب نقض الحائط المتوهن على صاحبه إذا كان في الطريق ، دفعاً للضرر العام (الزرقا : ص ١٩٧) .

٤ - يجب قتل قاطع الطريق إذا قتل بأي كيفية كانت بدون قبول عفو عنه من ولي القاتل ، دفعاً للضرر العام (الزرقا : ص ١٩٧) .

٥ - يجب حبس العائن ، وقتل الساحر إذا أخذ قبل التوبة ، وقتل الخنّاق إذا تكرر منه ذلك ، ويجب قتل كل مؤذٍ لا يندفع أذاه إلا بالقتل (الزرقا : ص ١٩٧)

٦ - يجوز التسعير إذا تعدى أبواب القوت في بيعه بالغبن الفاحش (وُفسر هنا بضعف القيمة) وهذا مفرع على مقابل الصحيح ؛ لأن الغبن الفاحش مالا يدخل تحت تقويم المقومين ، كالخمس (الزرقا : ص ١٩٨) .

٧ - يجوز بيع الفاضل من طعام المحتكر عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة (الزرقا : ص ١٩٨) .

٨ - يمنع الشخص من اتخاذ حانوت للطبخ أو للحداذة مثلاً بين البزازين (الزرقا : ص ١٩٨) .

٩ - يجوز تخريب العقارات المجاورة للحريق لمنع السرطان بإذن الإمام (م/٩١٩) فلو هدمها بغير إذن الإمام ضمن قيمتها معرضة للحريق .

١٠ - يجوز المرور في ملك الغير لإصلاح النهر العام كالفرات ، لأن فيه دفع الضرر العام بارتكاب الضرر الخاص ((الزرقا : ص ١٩٨)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٩٧ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ٢٦ ، درر المحاكم ٤٠/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٦ .

٨ - درء المفسد أولى من جلب المنافع (م/ ٣٠)

التوضيح :

الأصل أن الشريعة جاءت لجلب المنافع ، ودفع المفسد ، فإذا تعارضت مصلحة ومفسدة قدم دفع المفسدة غالباً ، لأن الشرع حريص بدفع الفساد ، ويعتني بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات .

والأصل في هذه القاعدة قوله ﷺ : « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم » رواه الإمام النووي في « الأربعين »^(١) وقوله ﷺ : « إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه » رواه البخاري ، ومسلم ، عن أبي هريرة رضي الله عنه^(٢) .

التطبيقات :

١ - لا يجوز للمالك أن يتصرف بملكه بما يضر الغير كاتخاذ معصرة (الزرقا : ص ٢٠٥ ، الدعاس : ص ٢٧) .

(١) شرح الأربعين ص ٤٧ الحديث التاسع الطبعة ٣ سنة ١٩٧٦ ، وانظر مختصر صحيح مسلم (ص ١٦٠١) ، فتح الباري (١٣/ ٧٢٨٨) مسند أحمد (٢/ ٢٥٨) سنن النسائي (١١٠/ ٥) .

(٢) صحيح البخاري (٦/ ٢٦٥٨) صحيح مسلم بشرح النووي (١٥/ ١٠٩) .

٢ - يمنع الشخص من الإتجار بالمحرمات ولو أدت إلى ربح (الدعاس :ص٢٧) .

٣ - يمنع الاحتكار والتعدي في الأسعار ، ولو كان فيها مصلحة لصاحبها (الدعاس :٢٧) .

٤ - يمنع الشخص أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضرراً بيناً ، كاتخاذ داره طاحوناً مثلاً يوهن البناء ، أو فرنأ يمنع السكنى بالرائحة والدخان ، أو أن يفتح كوة تشرف على مقر نساء جاره ، أو أن يتخذ كنيفاً أو بالوعة أو ملقى قمامات يضر بالجدار ، فلصاحب الجدار أن يكلفه إزالة الضرر (م/ ١٢٠٠) وإذا كان الضرر لا يزول إلا برفعه بالمرة ، فإنه يرفع (م/ ١٢١٢) ، وإن كان لمحدثه منفعة في إيقائه ، لأن درء المفاسد أولى من جلب المنافع (الزرقا :ص٢٠٥)

٥ - يمنع الشخص من اتخاذ حانوت للطبخ أو الحدادة بين البزازين (م/ ٢٥) .

٦ - إذا كانت المفسدة عائدة على الغير فتمنع كمسألة العلو والسفل إذا تهدم البناء ، فلا يجبر صاحب السفل على البناء ، ولو كانت المنفعة تربو كثيراً على المفسدة . (الزرقا : ص١٢٠٦) .

٧ - يشرع التخلف عن الجماعة والجمعة بسبب المرض والخوف وتمريض الضائع ونحو ذلك . (اللحجي : ص٤٥) .

المستثنى :

١ - يجوز الكذب بين المتعادين للإصلاح ، فهو تقديم للمنفعة حين تربو على المفسدة وكانت المفسدة تعود على نفس الفاعل (الزرقا : ص ٢٠٦ ، اللحجي : ص ٤٥) .

٢ - يجوز الكذب على الزوجة لإصلاحها ، وهذان الاستثناءان يرجعان إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة (اللحجي : ص ٤٥) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٢٠٥ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ٢٧ ، قواعد الأحكام ٨٣/١ ، ١٤/٢ ، ٢١ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٤٤ ، شرح الكوكب المنير ٤٤٧/٤ ، درر الحكام ٤١/١ .

٩ - إذا تعارض المانع والمقتضي يُقدّم المانع (م/٤٦)

الألفاظ الأخرى :

إذا تعارض المقتضي والمانع قُدّم المانع

التوضيح :

إذا كان للشئ الواحد ، أو العمل الواحد ، محاذير تستلزم منعه ، وكان له دواعٍ تقتضي تسويغه ، فقد تعارضا ، ويرجح منعه ، لما فيه من درء المفسدة ، ودرء المفسدة مقدم على جلب المنافع ، لأن حرص الشارع على منع المنهيات أكثر من حرصه على تحقيق المأمورات واعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات .

ومستند هذه القاعدة ما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال : «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم» رواه النووي في «الأربعين»^(١) وقال رسول الله ﷺ : «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه» رواه البخاري ، ومسلم^(٢) .

والمراد من تقديم المانع على المقتضي رعايته والعمل به دون

(١) هذا الحديث سبق بيانه في القاعدة السابقة .

(٢) صحيح البخاري (٢٦٥٨/٦) صحيح مسلم (١٠٩/١٥) وسبق الحديث في القاعدة السابقة .

المقتضي ، فهو مقدم في الرتبة والاعتبار لا في الزمن ، ولا يصح أن يلاحظ ذلك التقديم والتأخير بينهما في الزمن ، ويُرجَّح اعتبار قيام المانع وانتفاء المقتضي ولو كان وجود المقتضي أسبق زمناً من المانع ، كما لو وقعت شهادة بنكاح المرأة ، وبينة بالطلاق أو الخلع قبل الموت ، والرجل ميت ، وتطلب المرأة الإرث ، فيرجح اعتبار الطلاق ، أو الخلع قائماً عند وفاة الزوج ، وهذا مانع للإرث ، على بينة النكاح المقتضي لثبوت الإرث ، مع أن النكاح أسبق زمناً من الطلاق ، أو الخلع ، المانع للإرث^(١) .

ولا فرق في تقديم المانع على المقتضي بين أن يجئنا معاً ، كأكثر الفروع والتطبيقات ، أو أن يطرأ المانع على المقتضي قبل حصول المقصود من المقتضي ، فإنه يقدم المانع ، كما لو شهد لامرأة أجنبية عنه ، ثم تزوجها قبل القضاء بشهادته ، أو شهد وليس بأجير ، ثم صار أجيراً خاصاً قبل القضاء بشهادته ، بطلت شهادته في المسألتين^(٢) .

وتجري القاعدة في العبادات والمعاملات وغيرها ، ويتفرع عليها مسائل كثيرة .

التطبيقات :

١ - تمنع شرعاً التجارة في المحرمات من خمر ومخدرات وغير ذلك ، ولو أن فيها ربحاً (الدعاس : ص ٢٧) .

٢ - يمنع صاحب الدار من اتخاذ فرن أو محرك يؤذيان الجيران بالدخان أو اهتزاز الجدران ، أو تشويش في الأصوات ، ويمنع

(١) شرح القواعد الفقهية ص ٢٥٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٥١ .

صاحب الدار من اتخاذ نوافذ تطل على جاره ، ولو كان فيه منفعة ، وهو يوافق النظرية المعروفة «منع التعسف في استعمال الحق» (الدعاس : ص ٢٨) .

٣ - يحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، ويمنع الاحتكار ، والتعدي في الأسعار (الدعاس : ص ٢٨) .

٤ - تمنع النساء من المساجد لصلاة الجماعة إذا حصلت مفسدة . (الدعاس : ص ٢٨) .

٥ - إذا استشهد الجُنْبُ فالأصح أنه لا يغسل ، لأن الشهادة تمنع الغسل ، والجنابة توجبها ، فيقدم المانع (اللحجي : ص ٥٧) .

٦ - لو ضاق الماء أو الوقت عن سنن الطاهرة حرم فعلها (اللحجي : ص ٥٧) .

٧ - جرح الجاني جرحين عمداً وخطأ ، أو مضموناً وهدرأ ، ومات بهما ، فلا قصاص ، لأن الخطأ والهدر يمنع القصاص (اللحجي : ص ٥٧) .

٨ - لو كان ابن الجاني ابن عم لم يعقل ، فلا يشارك في دفع الدية (اللحجي : ص ٥٧) .

٩ - يمنع الزوج من قربان زوجته الحائض ، فالحيض يمنع ، والزوجية القائمة تقتضي الإتيان ، فيقدم المانع (الدعاس : ص ٢٨) .

١٠ - يمنع الراهن من بيع الرهن مادام في يد المرتهن ، لأن ملكية الراهن تقتضي نفاذ بيع الرهن ، وتعلق حق المرتهن بمنع نفاذ البيع بدون رضا المرتهن ، وقد تعارضاً ، فيقدم المانع (الدعاس : ص ٢٨) .

- ١١ - يمنع أحد صاحبي الطوابق السفلى أو العلوى في الأبنية من عمل يضر بالآخر دون إذنه ، لأن حقه التصرف بملكه ، وهو مقتضى ، وتعلق حق الجار مانع ، فيقدم (الدعاس :ص٢٨) (الزرقا :ص٢٤٤) .
- ١٢ - أقر المريض مرض الموت لوارثه ولأجنبي بدين أو عين مشتركاً على الشيوخ بطل فيهما (الزرقا : ص ٢٤٤) .
- ١٣ - لو ضمَّ ما لا يحل بيعه كالخنزير إلى ما يحل بيعه في صفقة واحدة يفسد البيع (الزرقا : ص ٢٢٤) .
- ١٤ - يمنع المؤجر من التصرف في العين المأجورة بما يمسُّ حق المستأجر ، تقديماً للمانع ، وهو حق المستأجر . (الزرقا : ص ٢٤٤) .
- ١٥ - بطلان كل القضاء وكل الشهادة إذا بطل بعضهما ، كما لو قضي القاضي ، أو شهد الشاهد ، لمن تقبل شهادته له ، ولمن لا تقبل ، بطل في كليهما . (الزرقا : ص ٢٤٤) .
- ١٦ - لو حطَّ البائع كل الثمن عن المشتري فإنه يصح حطُّه ، ولكن لا يلتحق بأصل العقد ، بل يعتبر بمنزلة هبة مبتدأ ، وذلك تقديماً للمانع عن التحاقه به ، وهو تأديته إلى بطلان العقد ، لفقد ركنه بخلو العقد حينئذ عن الثمن ، على المقتضي للإلحاق ، وهو المحطوط ثمناً ، وهو من متعلقات البيع وناشئ عنه (الزرقا : ص ٢٤٤) .
- وهذا بخلاف ما لو حطَّ البائع بعض الثمن ، فإنه يلتحق بالخط بالعقد ، لعدم المانع حينئذ من التحاقه ، ولو باعه بعد الخط مرابحة فتقع على ما بقي من الثمن بعد الخط ، ويأخذ به الشفيع أيضاً . (الزرقا :ص٢٤٤)

١٧ - لو تصارفا ذهباً بذهب ، أو فضة بفضة ، ثم حطَّ أحدهما عن الآخر بعض البدل ، أو زاده في البدل وقبل الآخر ، فإنَّ الحطَّ يصح عند محمد ، ولا يلتحق بالعقد ، بل يجعل كهبة مبتدأة ، والزيادة تبطل عند الإمام أبي حنيفة ، تقديماً للمانع ، لأن التحاق الحط ، وتصحيح الزيادة يؤديان إلى فساد العقد لعدم التساوي في البدلين ، على المقتضي ، وهو كون المتصرف بالحط والزيادة يتصرف في خالص ملكه ، وظاهر كلام بعضهم يفيد ترجيح قول محمد ، حيث علَّله ووجَّهه ولم يوجَّه قول غيره (الزرقا : ص ٢٤٥) .

١٨ - لا تنعقد الهبة بالبيع بلا ثمن ، ولا العارية بالإجارة بلا بدل ، تقديماً للمانع على المقتضي ، وذلك لأن الأمر فيهما دائر بين البيع والإجارة الفاسدين ، وذلك مانع ، وبين الهبة والإعارة الصحيحتين ، وهو مقتضى ، فقدم المانع (الزرقا : ص ٢٤٥) .

١٩ - إذا تعارض الجرح للشاهد وتعديله ، فإنه يقدم الجرح على التعديل (الزرقا : ص ٢٤٦) .

٢٠ - تقدم بينة الطلاق قبل الموت على بينة أنه مات وهي امرأته ، وتقدم بينة الخلع على بينة النكاح (الزرقا : ص ٢٤٥) .

المستثنى :

١ - إذا سكن أحد الشريكين العقار المشترك في غيبة شريكه فإنه يجوز ، وللشريك الغائب أن يسكن بعد عودته نظير ما سكن شريكه (الزرقا : ص ٢٤٧) .

٢ - اختلط موتى المسلمين بالكفار أو الشهداء بغيرهم ، فيجب غسل الجميع والصلاة ، وإن كانت الصلاة على الكفار والشهداء حراماً ، ودليله أن النبي ﷺ مَرَّ بمجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين فسَلَّمَ عليهم ، رواه البيهقي (اللاحجي : ص ٥٨) .

٣ - يجوز للمستأجر على العمل في عين أن يستأجر غيره للعمل فيها ، ويدفعها له ، وللمستعير أن يعير لغيره ، ويدفع العين له فيما لا يختلف استعماله ، مع أن العين ودعة في أيديهما ، والمودع لا يودع لغير من في عياله أو من يحفظ به ماله ، وهذا مانع ولم يعمل عمله هنا ، بل قُدِّمَ المقتضي ، وهو كون المستعير ملك المنافع ، فملك تملكها ، وكون المستأجر للعمل يعمل بنفسه وبأجيريه ، وذلك لأن الإيداع ثبت ضمناً لا قصداً (الزرقا : ص ٢٤٧) .

٤ - لو كان كرم مشترك بين حاضر وغائب ، أو بالغ ویتيم ، فأدرك ثمره ، فباعه وأخذ حصته ، ووقف حصة الغائب يسعه ذلك (الزرقا : ص ٢٤٧) .

٥ - يحرم على المرأة ستر جزء من وجهها في الإحرام ، ويجب ستر جزء منه مع الرأس للصلاة ، فتجب مراعاة الصلاة (اللاحجي : ص ٥٨) .

٦ - يجوز لأحد الشريكين تعمير البناء المشترك بدون إذن الشريك وبدون إذن القاضي ، ويرجع بقيمة البناء عند تعذر قسمته وامتناع الجبر على العمارة ، كحمام ، ورحى ، وجدار لا يقسم ، فهنا قُدِّمَ المقتضي على المانع ، كما هو ظاهر (الزرقا : ص ٢٤٧) .

٧ - لو ادعى رجل على ذي اليد أن العين التي في يده كانت ملك فلان الغائب ، وأنه كان اشتراها منه ، وأنه ملكها بذلك الشراء ،

وأقام الحجة على ذلك على الرغم من إنكار المدعى عليه ، قضي له بذلك ، وكان حكماً على الغائب بالبيع ، فلو حضر وأنكر البيع لا يسمع منه ، فهنا قُدم المقتضي ، وهو دعوى المدعي وبينته القائمة ، وإحياء حقه ، على المانع ، وهو كون المالك الأول المقضي عليه بالبيع غائباً ، مع أنه لا يقضى على غائب ولا له إلا بحضور نائب عنه (الزرقا : ص ٢٤٧) .

٨ - لو أقام شخص بينة على آخر أنه اشترى هذه الدار من فلان الغائب ، وأنه شفيعها ، فقضي له بذلك ، صار المالك الأول مقضياً عليه بالبيع ، وإن كان غائباً ، فلو حضر وأنكر لا يعتبر إنكاره (الزرقا : ص ٢٤٨) .

٩ - لو أقام الكفيل بالأمر بينته على الأصيل أنه أوفى الطالب دينه ، والطالب غائب ، يقضى له ؛ ويصير الطالب مقضياً عليه بالاستيفاء ، ولو حضر وأنكر الإيفاء لا يسمع منه ، ولا حاجة إلى إعادة البينة بمواجهته في جميع ذلك (الزرقا : ص ٢٤٨) .

١٠ - قد يتعارض المانع والمقتضي ، ولا يقدم أحدهما على الآخر ، بل يعمل في كل منهما بما يقتضيه ، كما لو قال رجل لامرأته : إن لم أطلقك اليوم ثلاثاً فأنت طالق ، ثم أراد أن لا يطلقها ولا يصير حائناً ، فالحيلة أن يقول لامرأته في اليوم : أنت طالق ثلاثاً على ألف درهم ، فتقول المرأة : لا أقبل ، فإذا مضى اليوم كان الزوج بارأً بيمينه ولا يقع الطلاق ، لأنه طلقها في اليوم ثلاثاً ، وإنما لم يقع الطلاق لرد المرأة ، وهذا لا يخرج كلام الزوج أن يكون تطليقاً ، فعمل بالمقتضي ، وهو اعتبار الزوج موقعاً للطلاق

الثلاث عليها على ألف ، فلذا لم يحنث في يمينه ، وعمل بالمانع من وقوع الثلاث ، وهو رد المرأة وعدم قبولها (الزرقا : ص ٢٥٠) .

١١ - إنما يقدم المانع على المقتضي إذا وردا على محل واحد ، أما إذا لم يردا على محل واحد ، فإنه يعطي كل منهما حكمه ، كما لو جمع بين من تحل له ومن لا تحل له في عقد واحد صح في الحل وبطل في الأخرى ، وكما لو جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة : صح في الملك بحصته من الثمن ، وكما لو جمع بين ماله ومال غيره وباعهما صفقة واحدة ، فإنه يصح في ماله ، ويتوقف في مال الغير على إجازة المالك ، وكما لو أوصى لأجنبي ووارث ، أو لأجنبي وقاتل ، فللأجنبي نصفها وتبطل في حق الآخر على تقدير عدم الإجازة ، لأنه لا تعارض بين المانع والمقتضي ، ويمكن مراعاة المقتضي بدون أن يلزم المانع (الزرقا : ص ٢٤٦) .

١٢ - الهجرة على المرأة من بلاد الكفر واجبة ، وإن كان سفرها وحدها حراماً ، فتجب الهجرة إذا أمنت على نفسها أو كان خوف الطريق دون خوف الإقامة (اللاحجي : ص ٥٨) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٢٤٣ ، القواعد الفقهية للدعاس ص ٢٧ ، إيضاح القواعد ، لللاحجي ص ٥٧ ، المنشور للزركشي ١/ ٣٤٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٨ ، درر الحكام ١/ ٥٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٠ .

١٠ - القديم يُترك على قدمه (م/٦)

التوضيح :

القديم هو الذي لا يوجد مَنْ يعرف أوله (م/١٦٦) ويكون له وجه شرعي ، فإنه يترك على قدمه ، إلا إذا قام الدليل على خلافه (م/١٢٢٤) ، فإذا كان المتنازع فيه قديماً فتراعى حالته التي هو عليها من القديم ، بلا زيادة ولا نقص ، ولا تغيير ولا تحويل ، ولا يجوز تغييره عن حاله أو رفعه إلا بإذن صاحبه ؛ لأنه لما كان من الزمن القديم على هذه الحالة المشاهدة فالأصل بقاؤه على ما كان عليه ، ولغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي ، لحسن الظن بالمسلمين ، وعلى هذا فما كان في أيدي الناس وتصرفاتهم قديماً من أشياء ومنافع ومرافق مشروعة في أصلها ، يبقى لهم كما هو ، ويعتبر قدمه دليلاً على أنه حق موضوع بطريق مشروع ، فلا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف .

ولو ادعى أحد الخصمين الحدوث ، وادعى الآخر القدم ، فالقول قول من يدعي القدم ، والبيئة بينة من يدعي الحدوث ، والمراد بالقديم الشيء المشروع ، أما القديم غير المشروع فإنه يزال حسب القاعدة الأخرى «الضرر لا يكون قديماً» (م/٧) .

التطبيقات :

١ - لو كان لدار أحد ميزاب على دار غيره ، أو كان لداره مسيل ماء ،

أو بالوعة أقذار في أرض الغير ، أو كان له ممر إلى داره مثلاً في أرض الغير ، أو كان بعض غرف بيته راكبة على جدران جاره من القديم ، ولا يعرف أحد من الحاضرين مبدأ لحدوثه ، أو كان لأحد جناح في داره ممدود على أرض الغير ، فأراد صاحب الدار أن يمنع الميزاب ، أو المسيل ، أو البالوعة ، أو المرور في أرضه ، أو يغير ركوب الغرف ، أو يحول المسيل أو الممر عن حاله القديم ، فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه ، بل يحق لصاحبه إيقاؤه ولو لم يعرف بأي وجه وضع ، لأن قدمه دليل مشروعية وضعه ، إما بطريق القسمة ، أو لقاء عوض ، أو بإذن المالك القديم ، تحسناً للظن بالمسلمين ، فمنعه ضرر لصاحبه لا مسوِّغ له ، ولو ساغ ذلك لأدى إلى إهدار معظم الحقوق بعد تقادم عهدها (الزرقا : ص ٩٥ ، الدعاس : ص ٢٩) .

٢ - ليس لصاحب الحق القديم نفسه أن يحوِّله من جهة إلى جهة ، أو يصرف الممر مثلاً إلى دار أخرى له ، إلا إذا أذن له الآخر ، وللأذن ولورثته من بعده الرجوع عن هذا الإذن ، وتكليف صاحب الحق بإعادته إلى الحالة الأولى (الزرقا : ص ٩٦) .

٣ - لو كان لرجل نهر يجري في أرض غيره لسقي أراضيه ، وهو في يده يكره ويغرس في حافتيه الأشجار مثلاً ، فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه فليس له ذلك ، بل يترك على حاله ؛ لأن من هو في يده يستعمله بإجراء مائه ونحوه ، فعند الاختلاف القولُ قولُه ، فلو لم يكن في يده ، ولم يكن جارياً وقت الخصومة ، فإن كان يدعي رقبة النهر فعليه أن يثبت أنه له ، وإن

كان يدعي حق الإجراء في النهر فعليه أن يثبت أنه كان يجري من القديم لسقي أراضيّه ، فيحكم له حيثئذ بملك رقبة النهر في الصورة الأولى ، وبحق الإجراء في الصورة الثانية .

المستثنى :

إذا كان الشيء غير مشروع ، وفيه ضرر فإنه يزال ؛ لأن الضرر لا يكون قديماً (م/٧) ولا فرق بين قديم وحديث ؛ إذ العلة الضرر ولا عبرة لقدمها (الدعاس : ص ٢٩) .

١ - كان للدار ميزاب ، أو مجرى أقذار على الطريق يضر بالعامّة يزال مهما تقادم ، لأنه غير مشروع الأصل ، إذ الشرع لا يقر لأحد بوجه ما حقاً يضر بالأمّة ، والطريق العام هو الذي ليس مملوك الرقبة لقوم ، وللعامّة فيه حق ، والسكة المختطة من الأصل فحكمها حكم طريق العامّة ، ولو غير نافذة ، إذ هي ملك العامّة ، بدليل أنه يحق للناس أن يدخلوها عند الزحام (الزرقا : ص ٩٧ ، الدعاس : ص ٢٩) .

٢ - إذا كان لأحد أدوات مدفأة بارزة على المارة ، وتلحق بهم الأضرار ، أو كان لأحد نافذة وطبقة تطل على مقر نساء جاره ، فإنها تزال ولو كانت قديمة ، إلا أن تكون دار الجار هي المحدثّة تحت المٌطل (الدعاس : ص ٣٠) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٩٥ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ٢٨ ، درر الحكام ٢٤/١ .

١١ - الضرر لا يكون قديماً (م/٧)

الألفاظ الأخرى :

«القديم المخالف للشرع لا اعتبار له» (م/١٢٢٤) .

التوضيح :

الشرع لا يقرّ الضرر ، ويوجب رفعه تأكيداً للقاعدة الفقهية «الضرر يزال» (م/٢٠) ، وقاعدة «الضرر لا يكون قديماً» قيد واستثناء لقاعدة «القديم يترك على قدمه» (م/٦) فالضرر القديم كالضرر الجديد في الحكم ، فلا يراعى قدم الضرر ، ولا يعتبر ، بل يجب إزالته ، لأن العلة الضرر ، ولا عبرة لقدمها ، لأن القديم إنما اعتبر لغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي ، فإذا كان مُضراً فيكون ضرره دليلاً على أنه لم يوضع بوجه شرعي ؛ لأن الشرع لا يجيز الإضرار بالغير .

ومستند هذه القاعدة ما ورد من أدلة تمنع الإضرار مطلقاً ، كالحديث الذي رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني مسنداً ، ومالك مرسلاً قال رسول الله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» ، وهو حديث حسن^(١) ، ويجب إزالة الضرر سواء كان عاماً أم خاصاً ، متى كان الضرر بيناً فاحشاً .

(١) هذا الحديث سبق بيانه ص ١٨٧ القاعدة ١٨ .

التطبيقات :

١ - كان للدار مسيل ماء أو أقذار على الطريق العام يضر بالعامه المارين ، أو غرفة بارزة وطیئة تمنع الناس من المرور تحتها لتسفلها ، فإن ذلك الضرر يزال مهما كان قديماً ، لأنه غير مشروع الأصل ؛ إذ الشرع لا يقر لأحد بوجه ما حقاً يضر بالأمة (الزرقا : ص ١٠١ ، الدعاس : ص ٢٩) .

٢ - إذا كان لأحد أدوات مدفأة بارزة على المارة ، وتلحق بهم الضرر ، أو كان لأحد نافذة وطیئة تطل على مقر نساء جاره ، فإنها تزال ولو كانت قديمة (الدعاس : ص ٣٠) .

٣ - إذا كان لرجل مسيل ماء أو أقذار يجري في دار آخر من القديم ، وكان يوهن بناء الدار ، أو ينجس ماء بئرها ، فإن لصاحب الدار أن يكلف الرجل بإزالة هذا الضرر بصورة تحفظ البناء من التوهين والماء من التنجيس بأي وجه كان (الزرقا : ص ١٠٢) .

٤ - بالوعة لرجل على شفة نهر يدخل في سكة غير نافذة فإن صاحبها يؤمر برفعها ، ولا عبرة للقديم والحديث في هذا ، فإن لم يرفعها طلب من قاضي الحسبة أن يأمره برفعها (الزرقا : ص ١٠٢) .

٥ - إذا كان داران قديمتان ، وإحدهما مطل أو شباك من القديم على مقر الناس في الدار الأخرى ، فإن صاحب المطل أو الشباك يجبر على إزالة هذا الضرر ، فلو كانت الدار التي فيها المطل أو الشباك هي القديمة فجاء آخر فأحدث بجانبها داراً بحيث صار المطل أو الشباك مشرفاً على مقر النساء فيها ، فإن صاحب الدار الحديثة هو

الذي يكلف حيثئذ بإزالة هذا الضرر عن نفسه ، لأنه هو مُحدثه ،
والمتعرض له (المادة / ١٢٠٧) (الزرقا : ص ١٠٢) .

المستثنى :

١ - إذا كان الضرر الخاص غير فاحش ، بأن كان يمكن أن يستحق
على الغير بوجه من الوجوه الشرعية ، فيراعى القدم ، كما لو كان
لدار رجل حق إلقاء القمامات ، والثلوج ، أو حق التسييل في أرض
الغير ، أو في طريق خاص ، فإذا كان من القديم فيعتبر قدمه ،
ويراعى ، ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق ؛ لأن
القديم يترك على قدمه (م/٦) لأنه يمكن لصاحبه أن يكون
مستحقاً لذلك بوجه من الوجود الشرعية .

٢ - حق المرور والمسيل في أرض الغير ، وحق وضع الجذع على
جدار الغير ، ومدّ الجناح أو الغرفة البارزين الواطئين في ملك الغير
والطريق الخاص فلا يزال هذا الضرر ، لأنه يمكن أن يستحقه
الإنسان على الغير بوجه شرعي ، كاقسام الدار الشائعة على هذه
الصورة بشرط بقاء الحقوق المذكورة له ، أو باعها صاحبها
واشترط المشتري إبقاء هذه الحقوق له في الدار المباعة على
الأخرى (الزرقا : ص ١٠٣) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الشيخ أحمد الزرقا ص ١٠١ ، القواعد الفقهية ، الدعاس
ص ٢٩ ، درر الحكام ١/ ٢٤ .

المشقة تجلب التيسير (م/١٧)

التوضيح :

إن المشقة تجلب التيسير لأن فيها حرجاً وإحراجاً للمكلف ،
والحرج مرفوع شرعاً بالنص ، وممنوع عن المكلف .

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ ، وَلَا
يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ البقرة / ١٨٥ ، وقوله تعالى : ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي
الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ الحج / ٧٨ ، وقال رسول الله ﷺ : «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ
أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ» وفي لفظ «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي» رواه
ابن ماجه عن ابن عباس^(١) ، وقال عليه الصلاة والسلام : «بُعِثْتُ
بِالْحَنِيفِيَةِ السَّمْحَةِ» أي السهلة ، أخرجه الإمام أحمد^(٢) ، وقال أيضاً :
«إِنَّمَا بُعِثْتُمْ مُيَسَّرِينَ ، وَلَمْ تَبْعَثُوا مُعَسِّرِينَ» رواه البخاري وأبو داود
وغيرهما عن أبي هريرة وغيره^(٣) ، وقال أيضاً : «إِنَّ دِينَ اللَّهِ يَسِرُ ثَلَاثًا»

(١) سنن ابن ماجه (٦٥٩/١٠) ورواه الدار قطني (١٧٠/٤) والحاكم (١٩٨/٢) .

(٢) مسند الإمام أحمد (٢٦٦/٥ ، ١١٦/٦ ، ٢٣٣) ، والحنيفية : دين إبراهيم عليه
الصلاة والسلام بالتوحيد .

(٣) صحيح البخاري (٨٩/١) سنن أبي داود (١٠٣/١) طبع دار إحياء السنة النبوية
فيض القدير (٤٤٥/٥) ، مسند أحمد (٢٣٩/٢ ، ٢٨٢) .

رواه الإمام أحمد^(١) وقالت السيدة عائشة رضي الله عنه : «ما خُيّر رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً» رواه البخاري ومسلم^(٢) ، والأحاديث في ذلك كثيرة .

ويشترط في المشقة التي تجلب التيسير أمور ، وهي :

- ١ - أن لا تكون مصادمة لنص شرعي ، فإذا صادمت نصاً روعى دونها .
- ٢ - أن تكون المشقة زائدة عن الحدود العادية ، أما المشقة العادية فلا مانع منها لتأدية التكاليف الشرعية ، كمشقة العمل ، واكتساب المعيشة .
- ٣ - أن لا تكون المشقة مما لا تنفك عنها العبادة غالباً كمشقة البرد في الوضوء ، والغسل ، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار ، ومشقة السفر في الحج .
- ٤ - أن لا تكون المشقة مما لا تنفك عنها التكاليف الشرعية كمشقة الجهاد ، وألم الحدود ، ورجم الزناة ، وقتل البغاة والمفسدين والجناة .

فهذه المشقات الأربع : لا أثر لها في جلب التيسير ولا التخفيف ، لأن التخفيف عندئذ إهمال وتضييع للشرع .

وهذه القاعدة تعتبر من القواعد الكبرى المتفق عليها في كل

(١) مسند الإمام أحمد ٦٩/٥ ، ورواه البخاري جزءاً من حديث (١٥/١) طبع دار الكتب العلمية) فيض القدير (٣٣٩/٢) .

(٢) فتح الباري (١٠/٦٤٣ رقم ٦١٢٦) مختصر صحيح مسلم (ص٤١٢ رقم ١٥٤٦) مسند أحمد (٦/٨٥ ، ١١٣ ، ١١٤) .

المذاهب ، ولذلك قال العلماء : يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته ، وقال السيوطي : «فقد بان أن هذه القاعدة يرجع إليها غالب أبواب الفقه»^(١) .

التطبيقات :

إن أسباب التخفيف في المشقة التي تجلب التيسير سبعة أنواع ، نذكر كل نوع وبعض الأمثلة له .

أولاً : السفر ، وتيسيراته كثيرة^(٢) ، منها :

١ - جواز تحميل الشهادة للغير في غير حد ولا قود (الزرقا : ص ١٥٧) .

٢ - جواز بيع الإنسان مال رفيقه وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية إذا مات في السفر ولا قاضي ثمة (الزرقا : ص ١٥٧) .

٣ - جواز فسخ الإجارة بعذر السفر (الزرقا : ص ١٥٧) .

٤ - جواز تزويج الولي الأبعد للصغيرة عند عدم انتظار الكفء الخاطب استطلاع رأي الولي الأقرب المسافر (الزرقا : ص ١٥٨) .

٥ - جواز إنفاق المضارب على نفسه في السفر من مال المضاربة (الزرقا : ص ١٥٨) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ ، المجموع المذهب ١/ ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، المنشور للزركشي ٢/ ٢٠٣ مغني المحتاج ١/ ٢٧٥ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٤ ، ٤٣٨ .

- ٦ - جواز كتابة القاضي إلى القاضي في بلد المدعى عليه بشهادة شهود المدعي عنده (الزرقا : ص ١٥٨) .
- ٧ - جواز الإفطار في رمضان للمسافر (الدعاس : ص ٣١ ، اللحجي : ص ٣٧) .
- ٨ - سقوط صلاة الجمعة عن المسافر (الدعاس : ص ٣١ ، اللحجي : ص ٣٨) .
- ٩ - قلة عدالة الشهود وقبول الأمثل فالأمثل في السفر (الدعاس : ص ٣١) .
- ١٠ - جواز قصر الصلاة الرباعية في السفر (اللحجي : ص ٣٧) .
- ١١ - جواز المسح على الخفين أكثر من يوم وليلة في السفر (اللحجي : ص ٣٧) .
- ١٢ - جواز أكل الميتة للضرورة في السفر (اللحجي : ص ٣٨) .
- ١٣ - جواز الجمع بين الصلاتين في السفر (اللحجي : ص ٣٨) .
- ١٤ - جواز التنفل على الدابة في السفر (اللحجي : ص ٣٨) .
- ١٥ - جواز التيمم للصلاة في السفر عند فقد الماء (اللحجي : ص ٣٨) .

ثانياً : المرض ، وتيسيراته كثيرة^(١) ، منها :

- ١ - جواز تحميل الشهادة ، كما مر في السفر (الزرقا : ص ١٥٨) .
- ٢ - تأخير إقامة الحد على المريض إلى أن يبرأ ، غير حد الرجم (الزرقا : ص ١٥٨) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ ، المجموع المذهب ٣٤٩/١ ، شرح الكوكب المنير ٤٤٧/٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٤ .

- ٣ - عدم صحة الخلوة مع قيام المرض المانع من الوطء ، سواء كان في الزوج أم في الزوجة (الزرقا : ص ١٥٨) .
- ٤ - جواز تأخير الصيام في شهر رمضان للمرض (الدعاس : ص ٣١ ، اللحجي : ص ٣٨) .
- ٥ - قلة عدالة الشهود ، وقبول الأمثل فالأمثل بسبب المرض (الدعاس : ص ٣١) .
- ٦ - جواز التيمم عند مشقة استعمال الماء (اللحجي : ص ٣٨) .
- ٧ - عدم الكراهة في الاستعانة بمن يصب عليه أو يغسل أعضائه (اللحجي : ص ٣٨) .
- ٨ - جواز القعود في صلاة الفرض وخطبة الجمعة (اللحجي : ص ٣٨) .
- ٩ - جواز الاضطجاع في الصلاة والإيماء فيها والجمع بين الصلاتين في وجه اختياره المحققون (اللحجي : ص ٣٨) .
- ١٠ - جواز التخلف عن الجمعة ، والجماعة ، مع حصول الفضيلة (اللحجي : ص ٣٨) .
- ١١ - جواز الخروج من المعتكف ، وقطع التتابع المشروط في الاعتكاف (اللحجي : ص ٣٨) .
- ١٢ - جواز الاستنابة في الحج ، وفي رمي الجمار ، وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية (اللحجي : ص ٣٨) .
- ١٣ - جواز التداوي بالنجاسات ، وإباحة النظر للعلاج حتى للعورة والسواتين (اللحجي : ص ٣٨) .

ثالثاً : الإكراه^(١) ، وهو التهديد ممن هو قادر على الإيقاع بضرب مبرح ، أو بإتلاف نفس أو عضو ، أو بحبس أو قيد مَدِيدَيْن مطلقاً ، أو بما دون ذلك لذي جاه ، ويسمى إكراهاً ملجئاً ، وبما يوجب غمماً يعدم الرضا ، وما كان بغير ذلك يسمى غير ملجئ .

وهو بقسميه إما أن يكون في العقود ، أو في الإسقاطات ، أو في المنهيات ، والعقود والإسقاطات إما أن يؤثر فيها الهزل أو لا ، والمنهيات إما أن تكون مما يباح عند الضرورة أو لا ، وما لا يباح عند الضرورة إما أن يكون جنائية على الغير كقتل محقون الدم ، أو قطع عضو محترم ، أو لا يكون جنائية على الغير كالردة ، ويكون تأثير الإكراه كما يلي :

١ - العقود والإسقاطات التي يؤثر فيها الهزل ، كالبيع والإجارة والرهن والهبة والإقرار والإبراء يؤثر فيها الإكراه ، فإذا أكره عليها بملجئ أو بغير ملجئ ففعلها ، ثم زال الإكراه ، فله الخيار ، إن شاء فسخ وإن شاء أمضى (الزرقا : ص ١٥٨) .

٢ - العقود والإسقاطات التي لا يؤثر فيها الهزل ، كالنكاح والطلاق والعفو عن دم العمد ، فلا تأثير للإكراه فيها ، فلا خيار للمكره بعد زوال الإكراه ، بل هي ماضية على الصحة ، ولكن له أن يرجع على المكره له على الطلاق ، فلو كانت الزوجة هي المكره سقط المهر عن الزوج (الزرقا : ١٥٨) .

٣ - المنهيات التي تباح عند الضرورة ، كإتلاف مال الغير ، وشرب

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ ، ٢٢٢ وما بعدها ، المجموع المذهب ١/ ٣٥٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ .

المسكر ، فإنها تحلّ بل تجب بالملجئ ، لا بغير الملجئ ،
وضمان المال المتلف على المكره (الزرقا : ١٥٩ ، اللحجي :
ص ٣٨) .

٤ - المنهيات التي لا تباح عند الضرورة ، وهي جناية على الغير
كالزنى والقتل ، فإنها لا تحل حتى بالإكراه الملجئ ، ولو
فعلها فموجبها القصاص على المكره بالكسر (الزرقا :
ص ١٥٩ ، اللحجي : ص ٣٨) .

٥ - المنهيات التي ليست جناية على الغير ، وليست في معنى
الجناية ، وهي الردة ، فإنه يرخص له أن يجري كلمتها على
لسانه ، وقلبه مطمئن بالإيمان ، ويؤرّي وجوباً إن خطر بباله
التورية ، فإن لم يؤرّ يكفر وتبين زوجته (الزرقا : ص ١٥٩ ،
اللحجي : ص ٣٨) .

رابعاً : النسيان ، وهو عدم تذكر الشيء عند الحاجة إليه ، واتفق الفقهاء
على أنه مسقط للعقاب والإثم ، للحديث السابق ، وهو مشقة
تجلب التيسير^(١) ، فمن ذلك :

١ - إذا وقع النسيان فيما يوجب عقوبة كان شبهة في إسقاطها
(الزرقا : ص ١٥٩) .

٢ - إذا نسي المدين الدّين حتى مات ، والدّين ثمن مبيع أو قرض ،
لم يؤاخذ به ، بخلاف ما لو كان غصباً . (الزرقا : ص ١٥٩) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، المجموع المذهب ٣٥٢/١ ،
الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ، قواعد الأحكام ٢/٢ ، والحديث مرّ ص ٢٣٥ .

٣ - من جامع في نهار رمضان ناسياً للصوم فلا كفارة عليه ، ولا يبطل صومه (اللعلي : ٣٨) .

٤ - من سلم من ركعتين ناسياً وتكلم عامداً لظنه إكمال الصلاة ، فلا تبطل صلاته (اللعلي : ٣٨) .

خامساً : الجهل : وهو عدم العلم ممن شأنه أن يعلم ، وهو قد يجلب التيسير ، ويسقط الإثم^(١) ، ومن تيسيراته :

١ - لو جهل الشفيع بالبيع فإنه يعذر في تأخير طلب الشفعة (الزرقا : ص ١٦٠) .

٢ - لو جهل الوكيل أو القاضي بالعزل ، أو المحجور بالحجر ، فإن تصرفهم صحيح إلى أن يعلموا بذلك (الزرقا : ص ١٦٠) .

٣ - لو باع الأب أو الوصي مال اليتيم ، ثم ادعى أن البيع وقع بغبن فاحش ، وقال : لم أعلم ، تقبل دعواه (الزرقا : ص ١٦٠) .

٤ - لو جهلت الزوجة الكبيرة أن إرضاعها لضررتها الصغيرة مفسد للنكاح ، فلا تضمن المهر (الزرقا : ص ١٦٠) .

٥ - إذا قضى الوكيل بقضاء الدين بعد ما وهب الدائن الدين من المديون ، جاهلاً بالهبة ، لا يضمن (الزرقا : ص ١٦٠) .

٦ - لو أجاز الورثة الوصية ، ولم يعلموا ما أوصى به الميت ، لا تصح إجازتهم (الزرقا : ص ١٦٠) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ، المجموع المذهب ٣٥٢/١ .

٧ - لو كان في المبيع ما يشتبه على الناس كونه عيباً ، واشتراه المشتري عالماً به ، ولم يعلم أنه عيب ، ثم علم أنه عيب ، فإن له رده ، ولا يُعَدُّ إطلاعه عليه حين الشراء رضا بالعيب (الزرقا : ص ١٦٠) .

٨ - العفو عن التناقض في الدعوى فيما كان سببه خفياً ، كالتناقض في النسب والطلاق ، كما لو ادعى أحد على آخر أنه أبوه ، فقال المدعى عليه إنه ليس ابني ، ثم قال : هو ابني ، يثبت النسب ، لأن سبب البنوة العلوق منه ، وهو خفي (الزرقا : ص ١٦٠) .

٩ - لو اختلعت المرأة من زوجها على بدل ، ثم ادّعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع ، وبرهنت ، فإنها تسترد البدل ، ويغتفر تناقضها الواقع في إقدامها على الاختلاع ، ثم دعوها الطلاق ، لأن الطلاق فعل الغير ، فإن الزوج يستبد به بدون علمها ، فكانت معذورة (الزرقا : ص ١٦٠) .

١٠ - من أسلم في دار الحرب ، ولم تبلغه أحكام الشريعة ، فتناول المحرمات جاهلاً حرمتها ، فهو معذور (الزرقا : ص ١٦٠) .

١١ - من أتى بمفسد للعبادة جاهلاً كالأكل في الصلاة والصوم فلا تفسد العبادة (اللحجي : ص ٣٨) .

١٢ - إذا فعل ما ينافي الصلاة من كلام قليل وغيره جاهلاً بالحكم لم تفسد صلاته (اللحجي : ص ٣٨) .

١٣ - إذا فعل ما ينافي الصوم كالجماع جاهلاً بالحكم لم يفسد صومه (اللحجي : ص ٣٨) .

سادساً : العسر وعموم البلوى ، والعسر أي عسر تجنب الشيء^(١) ، وله تيسيرات منها :

١ - تجويز بيع الوفاء والمزارعة والمساقاة والسلم والإجارة على منفعة غير مقصودة ، لعدم تحقق العسر والبلوى (الزرقا : ص ١٦١) .

٢ - إباحة نظر الطبيب ، والشاهد ، والخاطب ، للأجنبية (الزرقا : ص ١٦١) .

٣ - العفو عما يدخل بين الوزنين في الرويات (الزرقا : ١٦١) .

٤ - جواز الصلاة مع النجاسة المعفو عنها كدم القروح والدمامل والبراغيث والقريح والصيد وطين الشارع (اللحجي : ص ٣٨) .

٤ - العفو عن أثر نجاسة عَسْر زواله (اللحجي : ص ٣٩) .

٥ - العفو عن زَرْق الطيور إذا عمَّ في المساجد والمطاف (اللحجي : ص ٣٩) .

٦ - العفو عما لا يدركه الطرف ، وما لا نفس له سائلة ، وريق النائم (اللحجي : ص ٣٩) .

ومن أمثلة اليسر والتخفيف بسبب العسر وعموم البلوى ما يلي :

١ - جواز كثير من العقود ؛ لأن لزومها يشق ، ويكون سبباً لعدم تعاطيها (اللحجي : ص ٣٩) .

(١) البلوى هي الاختبار بالخير أو الشر ، وعموم البلوى هو الحرج الذي لا قدرة للإنسان في التخلص منه ، وانظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ ، المجموع المذهب ٣٥٢/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ .

٢ - إباحة النظر عند الخطبة والتعليم ، وعند الإشهاد والمعاملة
(اللحجي : ص ٣٩) .

٣ - إباحة نكاح أربع نسوة تيسيراً على الرجال والنساء أيضاً
لكثرتهم (اللحجي : ص ٣٩) .

٤ - مشروعية الطلاق ، لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند
التنافر (اللحجي : ص ٣٩) .

٥ - مشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيراً على المكلفين
(اللحجي : ص ٣٩) .

٦ - مشروعية التخيير بين القصاص والدية تيسيراً على هذه الأمة
(اللحجي : ص ٣٩) .

٧ - مشروعية الكتابة ليتخلص العبد من الرق (اللحجي : ص ٣٩) .

٨ - مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط منه في
حال الحياة (اللحجي : ص ٣٩) .

٩ - إسقاط الإثم عن المجتهدين في الخطأ والتيسير عليهم بالاكْتفاء
بالظن (اللحجي : ص ٣٩) .

سابعاً : النقص ، وهو ضد الكمال ، فإنه نوع من المشقة يتسبب عنها
التخفيف ، إذ النفس مجبولة على حب الكمال وكراهة النقص ،
فشرع التخفيف في التكاليف عند وجود النقص كعدم تكليف
الصبي ، والمجنون ، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على
الرجال^(١) ، وفيه أمثلة :

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٠ .

١ - الصغر والجنون يجلبان التخفيف لعدم تكليفهما أصلاً فيما يرجع إلى خطاب التكليف في الوجوب والحرمة (الزرقا : ص ١٦١ ، اللحجي : ص ٣٩) .

٢ - الأنوثة سبب للتخفيف ، بعدم تكليف النساء بكثير مما كلف به الرجال ، كالجهاد ، والجزية ، وتحمل الدية إذا كان القاتل غيرها ، والجمعة ، وإباحة لبس الحرير ، وحلي الذهب (الزرقا : ص ١٦١ ، اللحجي : ص ٣٩) .

٣ - عدم تكليف الأرقاء بكثير مما على الأحرار ، ككونه على النصف من الحر في الحدود والعدة (اللحجي : ص ٣٩) .

المستثنى :

١ - لا تأثير للنسيان على الحنث في التعليق ، فلو علق على فعل شيء ، ثم فعله ناسياً التعليق فإنه يقع ، كما لو علق الطلاق على دخوله بيتاً ، فدخله ناسياً فإنه يقع (الزرقا : ص ١٥٩) .

٢ - إن التخفيف بسبب النقص لا يؤثر في خطاب الوضع ، وهو خطاب الله تعالى المتعلق بكون الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً ، ولذلك يجب العشر والخراج فيما خرج من أرض الصغير والمجنون ، وتجب نفقة الزوجية والأقارب ، وضمان المتلفات في مالهما ، إلا ما قبضاه قرضاً أو وديعة أو عينا اشتريها وتسلمها بدون إذن وليهما ، فإنهما لا تلزمهما في الجميع ، لأن مسلط عليها بإذن المالك ، وكذلك تجب عليهما الدية في القتل ، وإقامة التعزير ، وهذا في السبب ، والقتل يمنع من الميراث ، ولو كان من غير مكلف عند الشافعية .

وكذا في الشرط كما إذا عقد الصغير مع مثله عقداً فاقداً لشرط الصحة ، فإنه يعتبر فاسداً ، ويجب على الحاكم فسخه عليهما إن لم يفسخاه (الزرقا : ص ١٦١ - ١٦٢) .

٣ - ويستثنى من كون العقود جائزة ، لأن لزومها يشق ، ما لو تقاسم الورثة التركة ، ثم ادعى أحدهم أنها ملكه ، وأراد نقض القسمة ، لا تسمع دعواه (الدعاس : ص ٣١) .

وكذا لو باع شيئاً أو اشترى ، ثم ادعى أنه كان فضولياً عن شخص آخر ، ولم يقبل بعقده ، لا يسمع منه هذا الادعاء ، لأن في ذلك نقضاً لما تمّ (الدعاس : ص ٣١) .

٤ - ويستثنى من القاعدة ما له مساس بحق قاصر ، أو وقف ، أو بحقوق الجماعة ، فالغبن الفاحش مثلاً في بيع مال القاصر ، أو إيجار عقار الوقف لا ينفذ ، فلو باع الأب أو الوصي مال القاصر ، أو أجر المتولي عقار الوقف ، ثم ادّعوا وقوع غبن فاحش فيه تسمع الدعوى منهم .

وكذا لو اشترى شخص أرضاً ، ثم ادعى بأن بائعها كان وقفها مسجداً أو مقبرة ، تسمع دعواه ، صيانة لحقوق القاصرين والجماعة ، وإذا ثبت ذلك ينقض العقد ، وهذا استثناء من قاعدة أخرى «من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه» (م/٩٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٥٧ - ١٦٢ ، القواعد الفقهية للدعاس ص ٣٠ ، إيضاح القواعد ، للحنجي ص ٣٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤ - ٨٩ ، شرح الكوكب المنير ٤/٤٤٥ ، درر الحكام ١/٣٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٤ ، المجموع المذهب ١/٣٤٣ ، المشور للزركشي ٣/١٦٩ .

فوائد مهمة:

الفائدة الأولى: في ضبط المشاق المقتضية للتخفيف:

قال السيوطي : المشاق على قسمين :

القسم الأول : مشقة لا تنفك عنها العبادة غالباً ، كمشقة البرد في الوضوء ، والغسل ، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار ، ومشقة السفر التي لا انفكاك للحج والجهاد عنها ، ومشقة ألم الحدود ، ورجم الزناة ، وقتل الجناة ، فلا أثر لهذه في إسقاط العبادات والأحكام في كل الأوقات .

القسم الثاني : المشقة التي تنفك عنها العبادات غالباً ، وهي على مراتب :

الأولى : مشقة عظيمة فادحة (شديدة) كمشقة الخوف على النفوس ، والأطراف ، ومنافع الأعضاء ، فهي موجبة للتخفيف والترخيص قطعاً ، لأن حفظ النفوس ، والأطراف ، لإقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للفوات في عبادة ، أو عبادات يفوت بها أمثالها .

الثانية : مشقة خفيفة لا وقع لها ، كأدنى وجع في إصبع ، وأدنى صداع في الرأس ، أو سوء مزاج خفيف ، فهذه لا أثر لها ، ولا التفات إليها ؛ لأن تحصيل مصالح العباد أولى من دفع هذه المفسدة التي لا أثر لها .

الثالثة : متوسطة بين هاتين المرتبتين ، فما دنا من المرتبة العليا ، أوجب التخفيف ، أو من الدنيا ، لم يوجب ، كحصى خفيفة ، ووجع

الضرر اليسير ، وما تردد في إلحاقه بأيهما اختلف فيه ، ولا ضبط لهذه المراتب إلا بالتقريب^(١) .

وأشار الشيخ عز الدين بن عبد السلام إلى أن الأولى في ضبط مشاق العبادات : أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تخفيف تلك العبادة ، فإن كانت مثلها أو أزيد ، ثبتت الرخصة^(٢) .

الفائدة الثانية: أنواع تخفيفات الشرع:

قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : تخفيفات الشرع ستة أنواع :
الأول : تخفيف إسقاط ، كإسقاط الجمعة والحج والعمرة والجهاد بالأعذار .

الثاني : تخفيف تنقيص ، أي نقص من الواجب الأصلي ، كالقصر في السفر ، بناء على أن الفرض أربع ركعات .

الثالث : تخفيف إبدال ، كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم ، وكإبدال القيام في الصلاة بالقعود والاضطجاع والإيماء ، وكإبدال الصيام بالإطعام .

الرابع : تخفيف تقدير ، كجمع التقديم في السفر والمطر مطلقاً إذا لم يتخذ عادة عند جمع من المجتهدين وغيرهم ، وكتقديم الزكاة على الحول ، وزكاة الفطر في رمضان ، والكفارة على الحنث .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩ ، وانظر : قواعد الأحكام للعز ٧/٢ ، المجموع المذهب ٣٥٧/١ وما بعدها ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٠ .
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩ ، قواعد الأحكام للعز ٨/٢ ، ١٢ .

الخامس : تخفيف تأخير ، كجمع التأخير في السفر ، وتأخير رمضان للمريض والمسافر ، وتأخير الصلاة في حق مشغول بإنقاذ غريق ، أو نحوه من أعذار الصلاة .

السادس : تخفيف ترخيص ، كصلاة المستجمر مع بقية النجو ، وشرب الخمر للغصة ، وأكل النجاسة للتداوي ، وإباحة الميتة للضرورة للترخيص في الأمور التي كانت صعبة ثم سهلها الشارع .

السابع : استدركه العلائي ، وهو تخفيف تغيير ، كتغيير نظم الصلاة في الخوف ، وقد يقال : هو داخل في النقص ، لأنه نقص عن نظمها الأصلي ، أو داخل في الترخيص ، وحيث فلا زيادة^(١) .

الفائدة الثالثة: الترخيص أقسام:

الأول : ما يجب فعلها ، كأكل الميتة للمضطر الذي غلب على ظنه الهلاك ، وكالفطر لمن خاف الهلاك بغلبة الجوع والعطش وإن كان مقيماً صحيحاً ، وكإساعة الغُصَّة بالخمر .

الثاني : ما يندب ، كالقصر في السفر إذا بلغ ثلاث مراحل ، وكالفطر لمن يشق عليه الصوم ، في سفر أو مرض ، وكالإبراد بالظهر ، وكالنظر إلى المخطوبة .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٠ ، قواعد الأحكام للعلز ٦/١ ، المجموع المذهب ٣٤٦/١ ، ٣٥٢ ، ٣٥٣ ، المنشور ٢٥٣/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٢ .

الثالث : ما يباح ، كالسَّلم ، والصلح ، والإجارة ، باعتبار أصولها ، لا باعتبار ما يطرأ عليها ، فإنها قد تكون واجبة كإجارة القاضي أموال المفلس .

الرابع : ما الأولى تركها ، كالمسح على الخف ، والجمع ، والفطر لمن لا يتضرر ، وكالتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل وهو قادر عليه .

الخامس : ما يكره فعلها ، كالقصر في أقل من ثلاث مراحل خروجاً من خلاف أبي حنيفة^(١) .

ويتفرع عن هذه القاعدة الأساسية الرابعة عدة قواعد فرعية ، وهي القواعد الخمس الآتية .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩١ ، إيضاح القواعد ص ٣٩ - ٤١ ، المجموع المذهب ٣٥٤ / ١ ، المشور للزركشي ١٦٤ / ٢ .

١ - الأمر إذا ضاق اتسع (م/١٨)

الألفاظ الأخرى :

إذا ضاق الأمر اتسع .
إذا ضاق الأمر اتسع ، وإذا اتسع ضاق .
كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده .

التوضيح :

إذا ظهرت مشقة في أمر فإنه يرخص فيه ويوسع ، وهذه القاعدة قريبة المعنى من قاعدة : المشقة تجلب التيسير (م/١٧) ومتفرعة عنها .
والأصل فيها قوله تعالى : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ ، وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾
البقرة / ١٨٥ ، وقوله تعالى : ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾
الحج / ٧٨ ، وقوله ﷺ : «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ» أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة رضى الله عنه^(١) .

فإذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة ، وأصبح معها الحكم الأصلي محرّجاً ومرهقاً حتى يجعل المكلف في حرج وضيق فإنه يخفف ويوسع عليه حتى يسهل .

وإذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة ، فإذا اندفعت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما

(١) سبق بيان هذا الحديث ص ٢٣٥ ، القاعدة ٣٠ .

كان عليه قبل نزوله ، وهو معنى الشق الثاني «إذا اتسع ضاق» ، ويجمع بين القاعدتين بقول «كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده» .

وهذه القاعدة في معنى القاعدة الأخرى «الضرورات تبيح المحظورات» (م/ ٢١) وتقرب من القاعدة الأخرى «الضرورة تقدر بقدرها» (المادة/ ٢٢) ، وهذه القاعدة من عبارات الإمام الشافعي رحمه الله تعالى (١) .

التطبيقات :

هذه القاعدة من جزئيات القاعدة «المشفقة تجلب التيسير» (م/ ١٧) ويجتمع تحتها من مسائلها كل ما كان التيسير فيه مؤقتاً ، ويتفرع عنها فروع أخرى :

١ - جواز دفع السارق والباغي ما أمكن إلى أن يندفع شره ولو بالقتل ، فإن اندفع فلا يجوز الاعتداء عليه ؛ لأن الأمر إذا اتسع ضاق ، ولذا قال سيدنا علي ، كرم الله وجهه ، لا تتبعوا مولياً ، ولا تجهزوا على جريح ؛ لأن القصد من القتال كان دفع الضرر ، وقد حصل بهربه أو جرحه ، فلا يجوز الزيادة عليه ، لأن «ما جاز لعذر امتنع بزواله» (م/ ٢٣) (الزرقا : ص ١٦٣) .

٢ - جواز طعن المزكي في الشهود ، وطعن المُحَدِّث في الرواة (الزرقا : ص ١٦٤) .

٤ - جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل ، والأحسن فالأحسن ، عند عدم وجود الشهود العدول ، وعند فقد العدالة أو ندرتها (الزرقا : ص ١٦٤ ، الدعاس : ص ٣٢) .

(١) المنشور للزركشي ١/ ١٢٠ .

- ٥ - عدم وجوب الخروج على الإمام الجائر إذا كان متغلباً ، وفي الخروج عليه مفسدة (الزرقا : ص ١٦٤) .
- ٦ - يباح للمتوفي عنها زوجها الخروج من بيتها أيام عدتها إذا اضطرت للاكتساب (الدعاس : ص ٣٢) .
- ٧ - يجوز الإجارة على الطاعات كتعليم القرآن والأذان حفظاً للشعائر الدينية من الضياع ، كما أفتى به المتأخرون ، فإن وجد المتبرع لذلك منع الاستئجار ، لأن الأمر إذا اتسع ضاق (الدعاس : ص ٣٢) .
- ٨ - يجوز أكل الميتة ، أو من مال الغير عند الاضطرار ، على أن يضمه ، حفظاً للحياة (الدعاس : ص ٣٢) .
- ٩ - إذا فقدت المرأة وليها في سفر ، فolt أمرها رجلاً فذلك يجوز (الالحجي : ص ٤١) .
- ١٠ - يجوز الوضوء في أواني الخزف المعمولة بالسرجين (الالحجي : ص ٤١) .
- ١١ - يعفى عما يحمله الذباب على رجله من النجاسة (الالحجي : ص ٤١) .
- ١٢ - يسامح في قليل العمل في الصلاة لما كان يشق اجتنابه ، لكن كثيره لم يسامح به لما لم يكن به حاجة ، لأن الأمر إذا ضاق اتسع ، وإذا اتسع ضاق ، وكل ما تجاوز عن حدّه انعكس إلى ضده (الالحجي : ص ٤١ - ٤٢) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١٦٣ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٣٢ ، إيضاح القواعد الفقهية للحجي ص ٤١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ ، درر الحكام ٣٦/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣ ، المنشور ١/ ١٢٠ ، ١٢٣ .

٢ - الضرورات تبيح المحظورات (م/٢١)

التوضيح :

هذه القاعدة من فروع قاعدة «المشقة تجلب التيسير» (م/١٧) وقاعدة «إذا ضاق الأمر اتسع» (م/١٨) وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» (م/١٩) ، لأن ما تفرع على هذه القاعدة يمكن أن يتفرع على القواعد الثلاث الأخرى ، كما تتفرع هذه القاعدة عن قاعدة «الضرر يزال» (م/٢٠) .

ويشترط في هذه القاعدة نقصان المحظورات عن الضرورات ، فإن لم ينقص المحظور فلا يباح .

والأصل في هذه القاعدة ما ورد في القرآن الكريم من استثناء حالات الاضطراب الطارئة في ظروف استثنائية ، كقوله تعالى بعد تعداد طائفة من المحرمات : «إلا ما اضطرتم إليه» الأنعام/ ١٩٩ ، وقال تعالى أيضاً : «فمن اضطر في مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» المائد/ ٣ .

التطبيقات :

١ - جواز إتلاف مال الغير إذا أكره عليه بملجئ (الزرقا : ص ١٨٥) كما تقدم .

- ٢ - جواز أخذ الدائن مال المدين الممتنع عن الأداء إذا ظفر به ، وإن كان من خلاف جنس حقه في زماننا (الزرقا : ص ١٨٥) .
- ٣ - يجوز كشف الطبيب عورات الأشخاص إذا توقفت عليها مداواتهم (الدعاس : ص ٣٣) .
- ٤ - يجوز للمضطر أكل الميتة ولحم الخنزير دفعاً للهلاك (الدعاس : ص ٣٣) .
- ٥ - يجوز أكل الميتة عند المخمصة ، وإساعة اللقمة بالخمير ، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله (اللعجي : ص ٤٢) .
- ٦ - يجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال وللظفر بهم ، وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه (اللعجي : ص ٤٢) .
- ٧ - يجوز نبش الميت بعد دفنه للضرورة ، بأن دفن بلا غسل ، أو لغير القبلة ، أو في أرض أو ثوب مغصوبين (اللعجي : ص ٤٢) .
- ٨ - يجوز غصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم (اللعجي : ص ٤٢) .

المستثنى :

يستثنى من القاعدة ما ورد قيماً عليها ، بأن لا تنقص الضرورة عن المحظور ، فإذا نقصت فإنه لا يباح المحظور ، وبعبارة أخرى : بشرط نقصان المحظور عن الضرورات ، ولذلك يخرج على القاعدة فروع :

- ١ - إذا دار الأمر بين السنة والبدعة فتركه أولى ، وإذا دار بين الواجب والبدعة ففعله أولى (الزرقا : ص ١٨٥) .

٢ - لو دفن الميت بلا كفن فلا ينبش ؛ لأن هتك حرمة أشد من تركه
بلا كفن ، وقام الستر بالتراب مكانه (الزرقا : ص ١٨٥ ، اللحجي :
ص ٤٢ - ٤٣) .

٣ - لو كان الميت نبياً فإنه لا يحل أكله للمضطر ، لأن حرمة أعظم
في نظر الشرع من مهجة المضطر (اللحجي : ص ٤٢) .

٤ - لو أكره شخص على القتل أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالإكراه ،
كما تقدم ، لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكروه ،
أو تزيد عليه (اللحجي : ص ٤٢) .

ويؤيد هذه المستثنيات القواعد التالية :

١ - إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما
(م/ ٢٨) .

٢ - يجوز اختيار أهون الشرين (م/ ٢٩) .

٣ - درء المفسد أولى من جلب المصالح (م/ ٣٠) (١) .

(١) القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٨٥ ، شرح القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٣٣ ، إيضاح
القواعد الفقهية ، للحجي ص ٤٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣ ، شرح
الكوكب المنير ٤/ ٤٤٤ ، درر الحكام ١/ ٣٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم
ص ٩٤ ، المنشور للزركشي ٢/ ٣١٧ .

٣ - الضرورات تَقْدَرُ بِقَدْرِهَا (م/ ٢٢)

الألفاظ الأخرى :

- ما أبيع للضرورة يَقْدَرُ بِقَدْرِهَا .
- ما جاز للضرورة يتقدر بقدرها .
- ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها .

التوضيح :

هذه القاعدة قيد لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» (م/ ٢١) للتنبيه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظور إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب ، فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور ، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط .

فالاضطرار إنما يبيح المحظورات بمقدار ما يدفع الخطر ، ولا يجوز الاسترسال ، ومتى زال الخطر عاد الحظر .

التطبيقات :

- ١ - إذا احتاج الإنسان لمداواة العورة فيكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج إلى كشفه فقط (الدعاس : ص ٣٣) .

٢ - إن مداواة عورة المرأة لا يجوز أن يطلع عليه رجل إذا وجدت امرأة تحسن ذلك ، لأن اطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً (الدعاس : ص ٢٣) .

٣ - إن المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سدّ الرمق ، ولا يشبع إلا إذا كانت لديه مسافة بعيدة لا يقطعها إلا بالشبع فلا بأس (اللحجي : ص ٤٣) .

٤ - متى استشير الإنسان في خاطب ، واكتفى بالتعريض ، كقوله : «لا يصلح لك» لم يعدل إلى التصريح (اللحجي : ص ٤٣) .

٥ - يجوز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم ، ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف (اللحجي : ص ٤٣) .

٦ - يعفى عن محل استجمار الإنسان ، ولو حمل المصلي مستجماً بطلت الصلاة (اللحجي : ص ٤٣) .

٧ - يعفى عن ميت لا نفس له سائلة ، فإن طرح قصداً ضرّ (اللحجي : ص ٤٣) .

٨ - لا يجوز تزويج المجنون أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها (اللحجي : ص ٤٣) .

٩ - عند القول بجواز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع في مكان واحد لم يجز إلا بقدر ما يندفع ، فلو اندفع بجمعتين لم يجز ثالثة (اللحجي : ص ٤٣) .

١٠ - إن المشتري إذا ادّعى بالمبيع عيباً لا يطلع عليه إلا النساء ، فإنه يقبل فيه ، لأجل توجيه الخصومة فقط ، قول الواحدة العدل ، واثنتان أحوط ، فإن قالت واحدة أو اثنتان : إن العيب المدعى به قائم ، يحلف البائع ، ولا يثبت حق الردّ بشهادة النساء وحدهن ؛ لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضروري ، ومن ضرورته ثبوت توجيه الخصومة دون الردّ ، فيحلف البائع ، فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله ، فيثبت الرد . (الزرقا : ص ١٨٧) .

١١ - إن من اضطر لأكل مال الغير ، فإن الضرورة تقتصر على إباحة إقدامه على أكل ما يدفع به الضرورة بلا إثم فقط ، ولكن لا تدفع عنه الضمان ، لقاعدة أخرى «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م/٣٣) (الزرقا : ص ١٨٨) .

١٢ - من أكره على اليمين الكاذبة فإنه يباح له الإقدام على التلفظ مع وجوب التورية والتعريض فيها إن خطرت على باله التورية والتعريض ، فإن في المعارضة مندوحة (الزرقا : ص ١٨٨) .

المستثنى :

خرج عن هذه القاعدة صور ، ويباح فيها المحظور بأكثر من مقدار الضرورة ، منها :

١ - العرايا^(١) : أبيحت في الأصل للفقراء للضرورة ، ثم جازت للأغنياء في الأصح (الللحجي : ص ٤٣) .

٢ - الخلع^(٢) : فإنه أبيح مع المرأة على سبيل الرخصة ، ثم جاز مع الأجنبي (الللحجي : ص ٤٣) .

(١) العرايا : هي بيع التمر بالرطب التي على شجرة النخيل .

(٢) الخلع : هو عقد بين الزوج والزوجة بطلب منها على طلاقها مقابل مال تدفعه له .

٣ - اللعان^(١) : إنما جوز حيث تعسرت إقامة البيّنة على زناها ، ثم جاز حيث تمكن على الأصح (اللحجي : ص ٤٣) (٢) .

فائدة: مراتب المصالح

إن مراتب المصالح خمس : ضرورة ، وحاجة ، ومنفعة ، وزينة ، وفضول .
فالضرورة : بلوغه حدًا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب ، وهذا يبيح المحرم كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو ترك هلك أو تلف منه عضو .
والحاجة : وصوله إلى حالة بحيث لو لم يأخذ الممنوع لم يهلك ، كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك ، غير أنه يكون في جهد ومشقة ، وهذا لا يبيح الحرام ، ويبيح الفطر في الصوم .
والمنفعة : وهي ما كان اشتهاه ، كمن يشتهي خبز البرّ ، ولحم الغنم ، والطعام الدسم .

والزينة : وهي ما كان القصد به التفكه ، كالمشتهي الحلوى المتخذ من اللوز والسكر ، والثوب المنسوج من حرير وكتان .
والفُضُول : بضم الفاء والضاد المعجمتين ، وهو التوسع بأكل الحرام ، أو الشبهة ، كمن يريد استعمال أواني الذهب والفضة^(٣) .

(١) اللعان : هي أيمان الملاعنة التي وردت في الآيات ٦ - ٩ من سورة النور ، بعد أن يقذف الرجل زوجته بالزنا ، وليس له بيّنة ، فيحلف خمس أيمان على صدقه ، وتحلف الزوجة خمس أيمان على كذبه ، ويفرق القاضي بينهما .

(٢) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١٨٧ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٣٣ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٤٣ ، ٨٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣ - ٩٤ .
درر الحكام ٣٨/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٥ ، المنشور للزركشي ٣٢٠/٢ ، ١٣٨/٣ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٤ ، إيضاح القواعد ، اللحجي ص ٤٣ ، المنشور للزركشي ٣١٩/٢ .

٤ - الاضطرار لا يبطل حق الغير (م/٣٣)

التوضيح :

هذه القاعدة قيد على قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» (م/٢١) وتؤيد قاعدة «الضرورات تقدر بقدرها» (م/٢٢) ، وذلك أن الاضطرار ، وإن كان يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة والترخيص ، فإنه لا يبطل حق الغير ، وإنما هو عذر في إسقاط الإثم ، سواء أكان الاضطرار بأمر سماوي كالمجاعة والحيوان الصائل ، أم غير سماوي كالإكراه الملجئ ، لكن في صورة الإكراه الملجئ يقع الضمان على المكره ، وفي غير الملجئ فالضمان على الفاعل .

التطبيقات :

١ - يجوز للمضطر أن يأكل من مال الغير ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعاً ، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل ، ويضمن في المحليين ، وإن كان مضطراً ، فإن الاضطرار يظهر في حل الإقدام ، لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير ، ولو لم يضمن لكان من قبيل إزالة الضرر بالضرر ، وهذا منافٍ وغير جائز ، ويتعارض مع قاعدة «الضرر لا يزال بمثله» (م/٢٥) (الزرقا : ص٢١٣ ، الدعاس : ص٣٣) .

٢ - إذا ورد الإكراه الملجئ على إتلاف مال الغير، فإن المكره (بالكسر) يضمّنه، أما الإكراه غير الملجئ، فإنه لا يبيح الإقدام على الإثلاف، ولو أقدم فإن الضمان يقع على الفاعل، لا على المكره؛ لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير (الزرقا : ص ٢١٣).

والظاهر أن ضمان المكره (بالكسر) لا يختص بما إذا كان المكره على إتلافه مال الغير، بل مثله ما إذا كان مال المكره (بالفتح)، بدليل ما نصوا عليه من أنه لو أكره على أكل طعام نفسه، وكان غير جائع، فإن المكره يضمّنه (الزرقا : ص ٢١٣).

٣ - لو انتهت مدة الإجارة أو العارية، والزرعُ بقُل لم يُحصّد بعد، فإنه يبقى إلى أن يستحصّد، ولكن بأجر المثل؛ لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك، فتلزم الأجرة (الزرقا : ص ٢١٤).

٤ - لو انتهت مدة إجارة الظئر، وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها، ولم يستغن بالطعام، فإنها تجبر على إرضاعه، ولكن بأجر المثل (الزرقا : ص ٢١٤).

٥ - لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بدّ منه، وكان التعليق في الصحة، والشرط في المرض، يكون فاراً وترث، لأن اضطراره إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث، فترث (الزرقا : ص ٢١٤) (١).

(١) شرح القواعد الفقهية، الزرقا ص ٢١٣، القواعد الفقهية، الدعاس : ص ٣٣، درر الحكم ٤٢/١.

٥ - الحاجة تُنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة (م/ ٣٢)

الألفاظ الأخرى :

الحاجة تُنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أو خاصة في إباحة المحظور .

الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس .

التوضيح :

الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لابد منه ، والضرورة أشدُّ درجات الحاجة للإنسان ، ويترتب على عصيانها خطر ، كخشية الهلاك جوعاً ، والإكراه الملجئ .

والحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيراً أو تسهياً لأجل الحصول على المقصود ، فهي دون الضرورة ، وإن الحكم الثابت لأجلها مستمر ، والثابت للضرورة مؤقت ، ويترتب على عدم الاستجابة إلى الحاجة عسر وصعوبة .

والحاجة تنزل ، فيما يحظره ظاهر الشرع ، منزلة الضرورة ، عامة كانت أم خاصة ، وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكماً ، وإن اختلفا في كون حكم الحاجة مستمراً ، وحكم الضرورة مؤقتاً بمدة قيام الضرورة ؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها (م/ ٢٢) .

ومعنى كونها عامة : أن يكون الاحتياج شاملاً لجميع الأمة .

ومعنى كونها خاصة : أن يكون الاحتياج لطائفة منهم ، كأهل بلد ، أو حرفة ، وليس المراد من كونها خاصة أن تكون فردية إلا نادراً .

وكيفما كانت الحاجة فالحكم الثابت بسببها يكون عاماً بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة ، فإنه يكون مقتصراً وخاصاً بمن تعارفوه ، وتعاملوا عليه ، واعتادوه ؛ وذلك لأن الحاجة إذا مست إلى إثبات حكم تسهياً على قوم لا يمنع ذلك من التسهيل على آخرين ، ولا يضر ، بخلاف الحكم الثابت بالعرف والعادة ، فإنه يقتصر على أهل ذلك العرف ؛ إذ ليس من الحكمة إلزام قوم بعرف آخرين وعاداتهم ومؤاخذتهم بها .

ومعنى هذه القاعدة أن التسهيلات الاستثنائية في الشرع لا تقتصر على حالات الضرورة الملجئة ، بل تشمل التسهيلات حاجات الجماعة أيضاً مما دون الضرورة .

ولكن إنما يضاف الحكم إلى الحاجة فيما يظهر إذا كان تجويزه مخالفاً للقياس ، وإلا كانت إضافته للقياس أولى ، ويدخل تحت الأصل والحكم العام .

والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يظهر فيما ورد فيه نص يجوّزه ، أو تعامل ، أو لم يرد فيه شيء منهما ، ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه ، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به ، وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه .

كما في بيع الوفاء ، فإن مقتضاه عدم الجواز ؛ لأنه إما من قبيل

الربا ؛ لأنه انتفاع بالعين بمقابلة الدين ، أو صفقة مشروطة في صفقة ، كأنه قال : بعته منك بشرط أن تبيعه مني إذا جئتك بالثمن ، وكلاهما غير جائز ، ولكن لما مست الحاجة إليه في بخارى بسبب كثرة الديون على أهلها جوز ذلك على وجه أنه رهن أبيح الانتفاع بثمراته ومنافعه كلبن الشاة وثمر الشجرة ، والرهن على هذه الكيفية جائز .

أو كان الفعل لم يرد فيه نص يجوزّه ، أو تعامل ، ولم يرد فيه نص يمنعه ، ولم يكن له نظير جائز في الشرع يمكن إلحاقه به ، ولكن كان فيه منفعة ومصلحة ، كما وقع في الصدر الأول من تدوين الدواوين ، وضرب الدراهم ، والعهد بالخلافة ، وغير ذلك مما لم يأمر به الشرع ، ولم يَنْهَ عنه ، ولم يكن له نظير قبل ، فإنه دعت إليه الحاجة ، وسَوَّغته المصلحة ، بخلاف الضرورة ؛ فإن ما يجوز لأجلها لا يعتمد شيئاً من ذلك .

أما ما لم يرد فيه نص يسوِّغه ، ولا تعاملت عليه الأمة ، ولم يكن له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به ، وليس فيه مصلحة عملية ظاهرة ، فإن الذي يظهر عندئذ عدم جوازه ، جرياً على ظواهر الشرع ، لأن ما يتصور فيه أنه حاجة ، والحالة هذه ، يكون غير منطبق على مقاصد الشرع ، وقد ذكر ابن الهمام أن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي .

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح ، ولو ظُننت فيه مصلحة ؛ لأنها حينئذ وهم .

والفرق بين الحاجة والضرورة في الأحكام أمران :

١ - إن الضرورة تبيح المحظور سواء كان الاضطراب للفرد أو للجماعة ،
والحاجة لا تبيح المحظور إلا للجماعة ، والحاجة إذا عمت كانت
كالضرورة .

٢ - الحكم الثابت بالضرورة ينتهي بانتهاء الاضطراب ؛ بخلاف الحكم
الثابت بالحاجة ، فهي تثبت بصورة دائمة ، يستفيد منها المحتاج
وغيره ، وهي لا تصادم النص ، إنما تخالف القواعد العامة والقياس .

التطبيقات :

١ - تجويز الإجارة ، فإنها جوزت بالنص على خلاف القياس ، للحاجة
إليها ؛ لأن عقد الإجارة يرد على المنافع ، وهي معدومة ، وتمليك
المعدوم قبل وجوده يستحيل ، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافاً
إلى زمن وجود المنفعة ؛ لأنّ التمليكات لا تقبل الإضافة (الزرقا :
ص ٢١١ ، اللحجي : ص ٤٥) .

٢ - تجويز السلم ، وهو بيع معدوم ، وإن جُوزَ بالنص على خلاف
القياس لحاجة الكثير إليه . (الزرقا : ٢١١ ، الدعاس : ص ٣٤) .

٣ - تجويز الجعالة ، وهو عقد مع غير معلوم ، ففيه جهالة ، وجوزت
للحاجة إليه (اللحجي ص ٤٥) .

٤ - تجويز الحوالة ، وهو بيع الدين بالدين ، وجوزت لعموم الحاجة
إلى ذلك (اللحجي ص ٤٥) .

٥ - تجويز ضمان الدرك^(١) ، فإنه جوز بالإجماع ، على خلاف القياس ؛

(١) وهو أن يضمن البائع المبيع للمشتري إذا أدركه آخر وطالب باستحقاق المبيع ، فيرد
البائع الثمن للمشتري .

وذلك لأن الكفالة من جهة المطلوب ، وهو المكفول عنه ، بمنزلة الطلاق والعتاق لا تتوقف على قبوله ، ومن جهة الطالب ، وهو المكفول له ، بمنزلة البيع ؛ لأنها تملكه حق مطالبة الكفيل ، فتستدعي التنجيز كسائر التمليكات ، وضمان الدرك عبارة عن ضمان الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع ، فهو كفالة مضافة ، والقياس يأبأها ؛ لأنها تمليك للطالب كما ذكرنا ، والتمليكات لا تقبل الإضافة ، لكنها جوزت بالإجماع ، لمكان التعامل ، ولقوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم﴾ يوسف / ٧٢ (الزرقا : ص ٢١١) .

٦ - تجويز استئجار السمسار على أن له في كل مائة كذا ، فإن القياس يمنعه ، ويوجب له أجر المثل ، ولكن جَوَّزوه للتعامل لحاجة الناس إليه (الزرقا : ص ٢١١) .

٧ - تجويز استئجار الظئر للإرضاع ، على القول بأن العقد يرد على اللبن ، والخدمة تثبت تبعاً ، فإنه جوز للحاجة ، بالتعامل ، ويقول تعالى : ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ الطلاق / ٦ ، وإلا فالقياس يأباه ، لأنه وارد على استهلاك العين ، والإجارة إذا وردت على استهلاك العين مقصوداً لا تجوز (الزرقا : ص ٢١١) .

٨ - تجويز الاستصناع فيما فيه التعامل ، على الصحيح ، من أن الاستصناع بيع ، لا عِدَّة ، فإن القياس يأباه ؛ لأنه بيع المعدوم ، لكن جَوَّزوه استحساناً بالإجماع للحاجة بسبب تعامل الناس عليه ، وما فيه من الخلاف فليس في أصل جوازه ، بل في أنه بيع أو عدة (الزرقا : ص ٢١٢) .

٩ - تجويز دخول الحمام بأجر ، فمقتضى القياس عدم جوازه ، لأنه وارد على استهلاك الأعيان وهو الماء الحار ، ومع ذلك فإن ما يستوفيه كل من الآخر مجهول ، لكنه جَوَزَ لحاجة الناس ، بالتعامل ، مع جهالة المدة ، وكمية الماء ، للحاجة ، وله نظير في الشرع يمكن إلحاقه به ، وهو جواز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها ، فإن ما يستوفيه كل من المؤجر والمستأجر من صاحبه مجهول ، وهذا النظير (يعني استئجار الظئر بطعامها وكسوتها) هو من السوابق الشائعة من صدر الإسلام بلا نكير ، وجوازه مروي عن أبي حنيفة نفسه (الزرقا : ص ٢١٢ ، الدعاس : ص ٣٥) .

١٠ - تجويز الوصية ، فإن القياس يأبأها ؛ لأنها تملك مضاف لما بعد الموت ، والتملكيات لا تقبل الإضافة ، وأيضاً بالموت ينتقل الملك إلى الوارث ، فلم يبق للمورث بعد الموت حتى يملك تملكه ، ولكن جوزت بنص الكتاب العزيز ، للحاجة (الزرقا : ص ٢١٢) .

١١ - بيع الثمار التي تتلاحق في الظهور متى بدأ بعضها ، نظراً للحاجة (الدعاس : ص ٣٥) .

١٢ - بيع الوفاء^(١) ، جاز للحاجة ، ولتعامل الناس به كما سبق ، وينطبق عليه قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» (م/٣) (الدعاس : ص ٣٥) .

(١) بيع الوفاء : أن يبيع شخص عقاراً لآخر ، ويشترط عليه أنه إذا أعاد له الثمن ووفاه ، فيفسخ البيع ، ويسترد العقار .

١٣ - تضبيب الإناء^(١) بالفضة يجوز للحاجة ، ولا يعتبر العجز عن التضبيب بغير النقدين ، فإن العجز يبيح إصلاح الإناء منهما قطعاً ، بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب سوى الزينة كإصلاح موضع الكسر ، وكالشدّ والتوثق ، وهذا مثال للحاجة الخاصة (للحجي : ص ٤٥) .

١٤ - جواز لبس الحرير لحاجة دفع القمل والحكة ، فيجوز لبسه لذلك بنص الحديث الشريف ، وهذا مثال آخر للحاجة الخاصة^(٢) .

(١) التضبيب : هو وضع الضِّبَّة وهي القطعة لإصلاح الإناء ولحمه .

(٢) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٠٩ - ٢١٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٣٤ - ٣٥ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٤٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ، المنشور للزركشي ٢/ ٢٤ ، درر الحكام ١/ ٤٢ و الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٠ ، قواعد الأحكام للعز ٢/ ١٥٩ .

القاعدة الأساسية الخامسة: [٣٦]

العادة مُحَكِّمة (م/٣٦)

التوضيح :

إن القاعدة تعني أن العادة عامة كانت أم خاصة تُجعل حَكَمًا لإثبات حكم شرعي لم يُنص على خلافه بخصوصه ، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً ، أو ورد ولكن عاماً ، فإن العادة تعتبر .

وأصل هذه القاعدة قول ابن مسعود ، رضي الله عنه : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح » وهو حديث موقوف حسن ، وإنه وإن كان موقوفاً عليه فله حكم المرفوع ، لأنه لا مدخل للرأي فيه ، ورواه الإمام أحمد في « كتاب السنة » وأخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في « الحلية » والبيهقي في « الاعتقاد » عن ابن مسعود أيضاً^(١) .

والعادة في اللغة مأخوذة من المعاودة ، بمعنى التكرار ، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية .

(١) مسند الإمام أحمد ١/٣٧٩ ، كشف الخفا ٢/٢٦٣ ، مجمع الزوائد ١/١٧٨ . وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١ ، المجموع المذهب ٢/٤٠٠ .

والعادة أيضاً : هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم ،
والمعاودة إليه مرة بعد أخرى ، وهي المرادة بالعرف العملي .

والمراد بها حيثئذ ما لا يكون مغايراً لما عليه أهل الدين والعقل
المستقيم ، ولا منكراً في نظرهم ، والمراد من كونها عامة : أن تكون
مطردة أو غالبية في جميع البلدان ، ومن كونها خاصة : أن تكون كذلك
في بعضها ، فالأطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو
خاصة ، وهو ما جاء في القاعدة : «إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو
غلبت» (م/ ٤١) وقاعدة «العبرة للغالب الشائع لا للنادر» (م/ ٤٢) .

وإذا لم يرد نص مخالف يشملها فلا كلام في اعتبارها ، فقد نقل
ابن عابدين أن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه ، ونقل أيضاً
أن البناء على العادة الظاهرة واجب^(١) .

أما إذا ورد فيما أن يكون نصاً في مخالفتها فلا كلام في اعتباره
دونها مطلقاً ، عامة كانت أم خاصة ، لأن النص أقوى من العرف ،
فالعمل بها حيثئذ عبارة عن ردّ النص ورفضه للعادة ، وهو لا يجوز ،
كتعارف الناس الكثير من المحرمات كشرب الخمر ، والربا ، وسفوف
المرأة وغيرها .

وإما أن يكون عاماً ، ويكون المعتاد جزئياً من جزئياته ، وهنا يفرق
بين حالتين ، إما أن تكون عامة فتصلح أن تكون مخصصة لعمومه

(١) رسائل ابن عابدين ١١٤/٢ ، أعلام الموقعين ٤٤٨/٢ ، حاشية العطار على جمع
الجوامع ٣٩٥/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ص ١٣٤ ، تنقيح الفصول للقرافي
(في مقدمة الذخيرة) ص ١٤٣ ، روضة الناظر ص ٣٣ ، ٨٢ ، تيسير التحرير
٣١٧/٣ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١ .

اتفاقاً ، عملية كانت أم قولية ، وإما أن تكون خاصة ، واختلف في أنها هل تصلح مخصصة للنص العام بالنسبة لمن اعتادها أم لا ، والمذهب أنها لا تصلح ، وعليه مشى أبو بكر البلخي وأبو جعفر الحنفي .

ولكن أفتى كثير من مشايخ الحنفية في بلخ باعتبارها مخصصة بالنسبة لمن اعتادها ، وعليه فروع كثيرة أفتوا بجوازها ، ك شراء الكتاب على شرط أن يَشْرُزَهُ ، والقفل على أن يسمره ، أو الفروة على أن يخيّط بها الظهارة ، أو القبقاب على أن يضع له سَيْراً ، أو النعل على أن يُشْرِكه ، في محل تعارفوا فيه ذلك ، وغير ما ذكر مما لا يحصى من الفروع .

وإذا كان الشرع يقتضي الخصوص ، واللفظ يقتضي العموم ، فالمعتبر الخصوص ، فلو أوصى لأقاربه ، لا يدخل الوارث اعتباراً لخصوص الشرع ، لكن هذا ليس بظاهر ، لأنه من قبيل مصادمة العمل للنص المخالف له بخصوصه ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : «لا وصية لوارث» (١) .

وإنما تعتبر العادة إذا كانت سابقة ، فلا عبرة بالعرف الطارئ ، وعليه فلو كان الوقف سابقاً على ما تعورف من البطالة في الأشهر الثلاثة لا يعتبر ذلك العرف ، وكذلك لو كان التعليق سابقاً على العرف فلا يقيّد العرف لفظ التعليق المطلق .

(١) هذا الحديث رواه الدارقطني (١٩٧/٤) والبيهقي (٢٦٤/٦) عن جابر رضي الله عنه ، وعُتُون به البخاري (١٠٠٨/٣) ، وجاء بلفظ أوله «إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث» رواه أبو داود (١٠٣/٢) والترمذي (٣٠٩/٦) ، (٣١٤) والنسائي (٢٠٧/٦) ، وابن ماجه (٩٠٥/٢) ، والدارمي (٨٧٧/٢) ، وأحمد (١٨٦/٤ ، ١٨٧ ، ٢٣٨) ، والبيهقي (٢٦٤/٦) قال الحافظ ابن حجر : وهو حسن الإسناد (التلخيص الخبير ٩٢/٣) .

وللعادات والأعراف سلطان على النفوس ، وتحكم في العقول ،
لهذا اعتبرت من ضروريات الحياة ، ولهذا قالوا : «العادة طبيعة ثانية»
وفي نزاع الناس من عاداتهم حرج شديد .

والعرف قسمان : عام ، وخاص .

والعرف الخاص : هو ما كان مخصوصاً ببلد ، أو مكان دون مكان
آخر ، أو بين فئة من الناس دون أخرى ، كعرف التجار فيما يُعدّ عيباً ،
وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن البضاعة مقسماً إلى عدد معلوم
من الأقسام ، وغير ذلك .

والعرف العام : هو ما كان فاشياً في جميع البلاد بين الناس
كالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم ، وكتأجيل جانب من مهور
النساء في البلاد الإسلامية ، وغير ذلك .

والعرف إن صادم النص من كل الوجوه فهو العرف المردود كما
سبق ، وإن لم يخالفه من كل وجه كان له تأثير في بناء الأحكام الشرعية
عليه ، فيترك به القياس ، ويخصص به العام كدخول الحمام ، والاستصناع ،
وغيرهما من المسائل الفقهية الكثيرة ، ولذلك قال ابن عابدين :

والعرف في الشرع له اعتبارٌ لذا عليه الحكمُ قد يُدار^(١)

والقاعدة المذكورة من جملة القواعد الخمس الأساسية ، ويتفرع
عليها قواعد كثيرة ، وإن اعتبار العرف والعادة رجع إليه في الفقه في
مسائل لا تعدّ كثرة ، وتعرس الإحاطة بها^(٢) .

(١) رسائل ابن عابدين ١١٤/٢ طبع محمد هاشم الكتبي سنة ١٣٢٥هـ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ .

التطبيقات :

- ١ - لو بعثه إلى ماشيته ، فركب المبعوث دابة الباعث ، برئ لو كان بينهما انبساط ، وإلا ضمن (الزرقا : ص ٢٢١) .
- ٢ - يجوز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الفساد من البساتين والرساتيق ، على المعتمد ، مالم توجد دلالة المنع (الزرقا : ص ٢٢١) .
- ٣ - اعتبار الكيل أو الوزن فيما تعورف كيـله أو وزنه ، مما لا نص فيه من الأمور الربوية ، كالزيتون وغيره ، وأما ما نص عليه فلا اعتبار للعرف فيه عند الطرفين (الزرقا : ص ٢٢١) .
- ٤ - اعتبار عرف التحالف أو الناذر إذا كان العرف مساوياً للفظ أو أخص ، فلو حلف لا يأكل رأساً ، أو لا يركب دابة ، أو لا يجلس على بساط ، لا يحنث برأس عصفور ، ولا بركوب إنسان ، ولا بجلوسه على الأرض ؛ لأن العرف خص الرأس بما يباع للأكل في الأسواق ، والدابة بما يركب عادة ، والبساط بالمنسوج المعروف الذي يفرش ويجلس عليه (الزرقا : ص ٢٢١) .
- ٥ - أقل الحيض والنفاس والطهر ، وغالبها وأكثرها حسب العرف (الـلـحـجـي : ص ٤٥) .
- ٦ - يجوز استعمال الذهب أو الفضة في الضبة إذا كانت قليلة ، وتحرم الكثيرة ، والضابط في القلة والكثرة العادة والعرف (الـلـحـجـي : ص ٤٥) .
- ٧ - الأفعال المنافية للصلاة إذا كانت قليلة فلا تؤثر ، وإن كانت كثيرة فتبطلها ، والعبرة في ذلك العادة والعرف (الـلـحـجـي : ص ٤٥) .

٨ - يُعفى عن النجاسات القليلة دون الكثيرة ، والعبرة في ذلك العرف والعادة (الللحجي : ص ٤٥) .

٩ - يجوز البناء في الصلاة في الجمع لفاصل قليل ، ويمنع الكثير ، وكذا في الخطبة ، والجمعة ، والعبرة في ذلك العرف والعادة . (الللحجي : ص ٤٦) .

١٠ - لا يؤثر الفاصل القليل بين الإيجاب والقبول ، ويؤثر الكثير ، والعبرة للعادة (الللحجي : ص ٤٦) .

١١ - لا قطع في السرقة إلا إذا أخذ المال من الحرز ، والعبرة في حرز المال العرف والعادة (الللحجي : ص ٤٦) .

١٢ - إن العبرة في ردّ ظرف الهدية وعدمه للعرف والعادة (الللحجي : ص ٤٦) .

١٣ - العبرة في الأموال الربوية بالوزن أو الكيل ، فيما جهل حاله في عهد رسول الله ﷺ ، أنه يراعى فيه عادة بلد البيع في الأصح (الللحجي : ص ٤٦) .

١٤ - لا يجوز صوم يوم الشك إلا لمن كان له عادة في صوم مثله ، وذلك بحسب العادة (الللحجي : ص ٤٦) .

١٥ - يحرم قبول القاضي للهدية ، إلا ممن له عادة في إهدائه (الللحجي : ص ٤٦) .

المستثنى :

١ - العرف الزائد على اللفظ لا عبء به ، كما لو قال لأجنبية : إن دخلتُ بكِ فأنتِ كذا ، فنكحها ودخل بها لا تطلق ، وإن كان يراد

في العرف من هذا اللفظ دخوله بها عن ملك النكاح ؛ لأن هذه زيادة على اللفظ بالعرف ، والعرف لا يجعل غير الملفوظ ملفوظاً ، فقد قال الإمام محمد رحمه الله تعالى : «بالعرف يُخصّ ، ولا يُزاد» (الزرقا : ص ٢٢٢) .

لكن هذا إذا لم يجعل اللفظ في العرف مجازاً عن معنى آخر ، ولم يهجر المعنى الأصلي ، فإن هجرت حقيقته ، واستعمل في معناه المجازي ، كمسألة وضع القدم ، ففي مثلها يعتبر المعنى العرفي دون الحقيقي اللفظي (الزرقا : ص ٢٢٢) .

٢ - الموصي والواقف يحمل كلام كل على لغته وعرفه ، وإن خالف لغة الشرع وعرفه ، إلا في مسائل استثنائها ابن نجيم في «الأشباه» فالعمل فيها على عرف الشرع ، وهي : لو حلف لا يصلي ، أو لا يصوم ، أو لا ينكح فلانة وهي أجنبية ، فإنه لا يحنث إلا بالصلاة والصوم الشرعيين ، وفي النكاح بالعقد^(١) ، وهذا في الحقيقة لا استثناء فيه ، فإن العرف فيها موافق للشرع (الزرقا : ص ٢٢٢) .

٣ - قال الزركشي الشافعي رحمه الله تعالى : «لم يعتبر الشافعي العادة في صورتين :

الأولى : استصناع الصنائع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بأجرة ، قال الشافعي : إذا لم يجر استئجار لهم لا يستحقون شيئاً (اللاحجي : ص ٤٦) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٢ ، ٢١٤ .

الثانية : عدم صحة البيع بالمعاطاة على المنصوص ، وإن جرت العادة بعد الشافعي بفعل المعاطاة ، وإن كان المختار خلافه في الصورتين^(١) (اللحجي : ص ٤٦) .

فالمعاطاة على أصل المذهب لا يصح البيع بها ، ولو اعتبرت ، ولكن النووي قال : المختار الراجح دليلاً للصحة ؛ لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره^(٢) .

ومن أمثلة الحالة الأولى : أن يدفع ثوباً إلى خياط ليخيطه ، أو قصار ليقصره ، أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه ، أو دخل سفينة بإذن ، وسار إلى الساحل ، فلا يستحقون شيئاً إذا لم يشرط عليه شيئاً من المال ، وإن جرت عادتهم بالعمل بالأجرة ، والمختار خلافه كما قاله الشارح رحمه الله تعالى (اللحجي : ص ٤٦ ، ٥٠) (٣) .

(١) المشور للزركشي ٣٥٧/٢ ، وانظر : شرح الكوكب المنير ٤٤٨/٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ ، المجموع المذهب ٤١٤/٢ ، ٤١٥ ، درر الحكام ٤٤/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١ .

(٢) مغني المحتاج شرح المنهاج ٣/٢ - ٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ ، المشور للزركشي ١٨٥/٣ .

(٣) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢١٩ - ٢٢٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٣٥ - ٣٦ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي : ص ٤٥ - ٥٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ - ١١٢ ، درر الحكام ٤٤/١ ، المجموع المذهب ٣٩٩/٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١ ، المشور للزركشي ٣٥٦/٢ .

فوائد:

يتعلق بقاعدة «العادة مُحَكِّمة» (م/٣٦) عدة مباحث ، وهي :

المبحث الأول: فيما تثبت به العادة:

وذلك يختلف ، فتارة تثبت بمرة ، كما في الاستحاضة ، وكما في زنى المبيع وإباقه وسرقته ، وكما في العادة في الإهداء للقاضي قبل الولاية .
وتارة تثبت العادة بثلاث كالقائف .

وتارة لا بدّ من تكرار يغلب على الظن أنه عادة ، كالجارحة في الصيد لا بد من تكراره حتى يحصل غلبة الظن بالتعليم ، وكاختبار الديك للأوقات ، كما قال الزركشي ، وكاختبار حال الصبي قبل البلوغ بالمماكسة في البيع ونحوه ، فيختبر حتى يغلب على الظن رشده^(١) .

المبحث الثاني: في اطراد العادة:

إنما تعتبر العادة إذا اطرّدت ، فإن اضطربت فلا ، وفي ذلك فروع ، منها : باع دراهم وأطلق ، نزل على النقد الغالب ؛ فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان ، وإلا يبطل البيع ، ومنها : إذا غلبت المعاملة بجنس من العروض ، أو نوع منه ، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد^(٢) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ ، إيضاح القواعد ص ٣٦ ، المشور للزركشي ٣٥٩/٢ ، المجموع المذهب ٤١٨/٢ ، ٤٢١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٣ .
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١ ، إيضاح القواعد ص ٤٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٥ ، المشور للزركشي ٣٧٨/٢ .

المبحث الثالث: في تعارض العرف مع الشرع:

والمراد بالعرف عرف الاستعمال من الناس لشيء ، والمراد بالشرع لفظه ، بأن ورد في الكتاب أو السنة ذلك الشيء فيه ، وتعارضهما على نوعين :

أحدهما : أن لا يتعلق باللفظ الشرعي حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يأكل لحماً ، لم يحنث بالسّمك ، وإن سماه الله لحماً ، أو حلف لا يجلس على بساط ، أو تحت سقف ، أو في ضوء سراج ، لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطاً ، ولا تحت السماء ، وإن سماها الله سقفاً ، ولا في الشمس وإن سماها الله سراجاً ، أو حلف لا يضع رأسه على وتد ، لم يحنث بوضعه على جبل ، وإن سماه الله وتداً ، أو حلف أن لا يأكل ميتة أو دماً ، لم يحنث بالسّمك والجراد ، والكبد والطحال ، فقد سماها الرسول ﷺ : ميتتان ودمان .

فقدم العرف في جميع ذلك ؛ لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف .

النوع الثاني : أن يتعلق به حكم ، فيقدم على عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يصلي ، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود ، أو حلف لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك ، أو حلف لا ينكح ، حنث بالعقد لا بالوطء ، أو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها ، وعلمت به طلقت حملاً له على الشرع ، فإنها فيه بمعنى العلم ، لقوله ﷺ : «إذا رأيتموه فصوموا»^(١) ، ولو كان اللفظ يقتضي العموم ، والشرع يقتضي التخصيص اعتبر خصوص الشرع في الأصح ، فلو حلف لا يأكل لحماً

(١) هذا الحديث رواه البخاري (٦٧٤/٢) ومسلم (١٨٨/٧ ، ١٩٧) والترمذي (٣٦٩/٣) والنسائي (١١٠/٤) بلفظ «صُومُوا لرؤيته» .

لم يحث بالميتة ، أو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته ، عملاً بخصوص الشرع ، إذ « لا وصية لوارث » (١) .

المبحث الرابع: في تعارض العرف مع اللغة:

نقل السيوطي وجهين في المقدمّ منهما :

أحدهما : المقدم الحقيقة اللفظية ، عملاً بالوضع اللغوي ، وإليه ذهب القاضي حسين .

والثاني : المقدم الدلالة العرفية ؛ لأن العرف يحكم في التصرفات لاسيما الأيمان ، وعليه البغوي ، فلو دخل دار صديقه ، فقدم إليه طعاماً ، فامتنع ، فقال : إن لم تأكل فامرأتي طالق ، فخرج ولم يأكل ، ثم قدم في اليوم الثاني ، فقدم إليه ذلك الطعام فأكل ، فعلى الأول لا يحث ، وعلى الثاني يحث (٢) .

ونقل عن الرافعي في «الطلاق» : إن تطابق العرف والوضع فذاك ، وإن اختلا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع ، وإمام الحرمين والغزالي يريان اعتبار العرف ، وقال في «الأيمان» ما معناه : إن عمت اللغة قدمت على العرف .

وقال غيره : إن كان العرف ليس له في اللغة وجه البتة فالمعتبر اللغة ، وإن كان له فيه استعمال ففيه خلاف ، وإن هجرت اللغة حتى صارت نسياً منسياً قُدِّم العرف .

(١) سبق تخريج هذا الحديث ص ٢٧٣ ، وانظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٣ ،

إيضاح القواعد ص ٤٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٠٣ .

ومن الفروع المخرجة على ذلك : ما لو حلف لا يسكن بيتاً ، فإن كان بدوياً حنث بالمبني وغيره ؛ لأنه قد تظاهر فيه العرف واللغة ؛ لأن الكل يسمونه بيتاً ، وإن كان من أهل القرى فوجهان ، بناءً على الأصل المذكور ، فإن اعتبرنا العرف لم يحنث ، والأصح الحنث .

ومنها : لو حلف لا يشرب ماء ، حنث بالمالح ، وإن لم يُعتد شربه ، اعتباراً بالإطلاق والاستعمال اللغوي .

ومنها : حلف لا يأكل الخبز ، حنث بأكل خبز الأرز ، وإن كان من قوم لا يتعارفون ذلك ؛ لإطلاق الاسم عليه لغة^(١) .

تنبيه أول :

نقل السيوطي عن الشيخ أبي زيد المروزي (٣٧١هـ) : لا أدرى على ماذا بنى الشافعي رحمه الله تعالى مسائل الأيمان ، إن اتبع العرف فأهل القرى لا يعدون الخيام بيوتاً؟

قال الرافعي : الشافعي يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد^(٢) .

وقال العزُّ بن عبد السلام : قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة^(٣) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٤ ، وانظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٦ ، المشور للزركشي ٣٨٣/٢ ، ٣٩٠ ، قواعد الأحكام ١٠٧/٢ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٥ ، المجموع المذهب ٤٧٦/٢ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٧ .

تنبيه ثان :

إنما يتجاذب الوضع اللغوي والعرف في العربي ، أما العجمي فيعتبر عرفه قطعاً ؛ إذ لا وضع يحمل عليه ، فلو حلف على البيت بالفارسية لم يحنث ببيت الشعر ، ولو أوصى لأقاربه لم يدخل قرابة الأم في وصية العرب ، ويدخل في وصية العجم^(١) .

المبحث الخامس: في تعارض العرف العام والعرف الخاص:

والضابط : أنه إن كان الخصوص محصوراً لم يؤثر ، كما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل من عادة النساء ، كيوم دون ليلة ، ردت إلى الغالب في الأصح ، وقيل : تعتبر عاداتها ، وإن كان الخصوص غير محصور اعتبر ، كما لو جرت عادة أهل بلد بحفظ مواشيهم نهائراً ، وإرسالها ليلاً ، فهل العبرة بالعرف الخاص أم بالغالب؟ الأصح الأول ، وينزل ذلك منزلة العرف العام ، خلافاً للقفال ، ويقال مثل ذلك على حفظ السيارات اليوم بحسب البلدان^(٢) .

المبحث السادس: العادة المطردة:

هل تنزل العادة المطردة في ناحية منزلة الشرط أم لا؟ وغالب الترجيح في الفروع أنها لا تنزل منزلة الشرط ، وفي ذلك صور :

١ - لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضح ، فهل تنزل عاداتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع؟ الأصح لا ، وقال القفال : نعم .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٥ ، إيضاح القواعد ص ٤٧ .

(٢) المنتور للزركشي ٣٨٨/٢ ، إيضاح القواعد ص ٤٨ .

- ٢ - لم عمّ في الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن ، فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن؟ قال الجمهور : لا ، وقال القفال : نعم .
- ٣ - لو جرت عادة المقرض بردّ زيادة مما اقترض ، فهل ينزل منزلة الشرط ، فيحرم إقراضه؟ ! الأصح لا .
- ٤ - لو بارز كافر مسلماً ، وشرط الأمان ، لم يجز للمسلمين إعانة المسلم ، فلو لم يشرط ، ولكن اطردت العادة بالمبارزة بالأمان ، فهل هو كالمشروط؟ الأصح نعم ، فهذه صورة مستثناة .
- ٥ - ومثلها الأوقاف ، فإن العادة فيها تنزل منزلة الشرط ، كما إذا اعتيد البطالة من المدرسين في الأشهر الثلاثة والأعياد ، أو أعتيد الاستنجاء والوضوء من المال المسبل للشرب^(١) .

المبحث السابع: العرف المقارن والسابق:

العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق للتصرف ، دون المتأخر ، أي أن المعتبر هو العرف المقارن ، أي الذي كان موجوداً حال تكلم المتكلم ، حتى ينزل كلامه عليه ، إذ كان مأخذه سابقاً على وقت اللفظ ، دون العرف المتأخر .

ومن الفروع المخرجة على ذلك ما تقدم في مسألة البطالة ، فإذا استمر عرف وقف بها في أشهر مخصوصة حمل عليه ما بعد ذلك ، لا ما وقف قبل هذه العادة^(٢) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١ ، المنشور للزركشي ٣٦٢/٢ ، إيضاح القواعد ص ٤٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٨ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٦ ، إيضاح القواعد ص ٤٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٠ .

المبحث الثامن: ضبط الأحكام في العرف والشرع:

قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقاً ، ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة ؛ يُرْجَع فيه إلى العرف ، وذلك كالحرز في السرقة ، والتفرق في البيع لخيار المجلس إلى التفرق بالأبدان ، والقبض في العقود ، وإحياء الموات ، والتعريف في اللقطة ، والمسافة بين الإمام والمأموم^(١) .

وقالوا في الأيمان : إنها تبنى أولاً على اللغة ، ثم على العرف ، وخرَجوا عن ذلك في مواضع لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لا ضابط لها في الشرع ، ولا في اللغة .

١ - منها المعاطاة : فعلى أصل المذهب لا يصح البيع بها ولو اعتيدت ، ولكن النووي قال : المختار الراجح دليلاً الصحة ؛ لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره^(٢)

٢ - ومن أمثلة ذلك : أن يدفع ثوباً إلى خياط ليخيطه ، أو قصار ليقصره ، أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه ، أو دخل سفينة بإذن وسار إلى الساحل ، فلا يستحقون شيئاً إذا لم يشترط عليهم شيئاً من المال ، وإن جرت عادتهم بالعمل بالأجرة ، والمختار خلافه^(٣) .

ويتفرع عن هذه القاعدة الخامسة الأساسية عدة قواعد فرعية ، وهي القواعد الإحدى عشرة الآتية .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ ، شرح الكوكب المنير ٤ / ٤٥٢ .

٤ (٢) سبق بيان ذلك ص ٢٧٨ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ ، إيضاح القواعد ص ٤٦ ، ٤٩ .

١ - الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م/٣٨)

التوضيح :

الممتنع حقيقة : هو الذي لا يمكن وقوعه ، كاجتماع النقيضين ، فهذا لا يقبل الادعاء به ، ولا تسمع الدعوى فيه ، ولا تقام البيّنة عليه ، بل يرد ، للتيقن بكذب مدعيه ، كمن ادعى لمن يساويه سنّاً أنه ابنه أو أبوه ، وكقوله لمن لا يولد مثله لمثله : هذا ابني .

والممتنع عادة : هو الذي لا يعهد وقوعه ، وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد ، كدعوى معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لا يعرف أنه أصاب مثلها بإرث أو غيره ، فلا تسمع دعواه ، ولا تقبل بيّنته ، ما لم يثبت مصدرّاً لهذا المال .

التطبيقات :

يدخل في هذه القاعدة كل شيء مستبعد في العادة ، وهو كثير ، ومنه :

١ - لو ادّعى المتولي أو الوصي أنه أنفق أموالاً عظيمة على عقار الوقف ، أو القاصر ، كذبه فيها ظاهر الحال ، فلا يصدق ولا تقبل بيّنته (الزرقا : ص ٢٢٥ ، الدعاس : ص ٢١) .

٢ - إذا ادّعت الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر فلا تصدق ؛ لأن العادة أنها لا تُسلم نفسها قبل قبضه (الدعاس : ص ٢١) .

٣ - إذا ادّعى المدعي إقرار المدعى عليه بعد أن طالت الخصومة بينهما فلا تقبل دعواه . (الزرقا : ص ٢٢٥) .

٤ - لو ادّعى القريب أو أحد الزوجين ملك ما باعه وسلمه الآخر باطلاعه ، أو أن له حصة فيه ، فلا تقبل دعواه (الزرقا : ص ٢٢٥) .

٥ - لو ادّعى الأجنبي على المشتري أن المبيع ملكه ، أو أن له فيه حصة بعدما رآه يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم بالهدم أو البناء أو الغراس ، فلا تسمع دعواه (الزرقا : ص ٢٢٥) .

٦ - لو ادّعى الولد الذي في عائلة أبيه ، وصنعتهم واحدة أن الذي تحت يد والده ملكه أو له فيه حصة (الزرقا : ص ٢٢٥) .

فكل ذلك ، وكذا تكذيب التواتر ، لا تسمع الدعوى بشيء منه ، ولا تقام البينة عليه (الزرقا : ص ٢٢٦) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية الزرقا ص ٢٢٣ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٣٦ - ٣٧ ، درر الحكام ٤٦/١ .

٢ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م/٣٧)

التوضيح :

الظاهر أن المراد باستعمال الناس هو نفس المراد من العادة ، وهو أحد قولين في تفسير الاستعمال ، ومعناه : أن عادة الناس إذا لم تكن مخالفة للشرع حجة ودليل يجب العمل بها ؛ لأن العادة مُحَكِّمة (م/٣٦) .

وقيل : الاستعمال : هو نقل اللفظ عن موضعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعاً وغلبة استعماله فيه ، ولا تظهر إرادته هنا ، لأنه لا يتمشى إلا على قول الصاحبين المرجوح من أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة ، والمجاز أكثر استعمالاً منها ، يراد باللفظ معنى أعم يشمل الحقيقة والمجاز ، ولم يرجح قولهما ، لقاعدة «الأصل في الكلام الحقيقة» (م/١٢) ، وإذا لم يرجح يكون المعمول به قول الإمام ، وحملها على المرجوح بدون داعٍ إليه غير موافق .

وإذا أريد بالاستعمال العرف العملي يكون موضوع القاعدة غير داخل تحت الخلاف وهو أولى ، وحيث فتكون القاعدة المذكورة تأكيداً لقاعدة «العادة محكمة» (م/٣٦) وما قيل في تلك يقال في هذه .

وإذا تعارض العرف مع الشرع قدم عرف الاستعمال خصوصاً في الأيمان ، لأن مبنى الأيمان على العرف والعادة ، لا على نفس إطلاق

الاسم ، كالفراش والبساط والبيت ، مع أن الله سَمَّى الكعبة والمسجد بيتاً .

التطبيقات :

١ - لو قال شخص لأحد من أهل الصنائع : اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً ، وقبل الصانع ذلك ، انعقد البيع استصناعاً (الدعاس : ص٣٦) .

٢ - لو تقابل مع نجار لصنع زورق ، وبَيَّن الطول والعرض وباقي الأوصاف ، وقبل النجار ، انعقد ذلك استصناعاً (الدعاس : ص٣٧)(١)

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص٢٣٣ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٣٦ - ٣٧ ،
درر الحكام ٤٦/١ .

٣ - إنما تُعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (م/ ٤١)

التوضيح :

هذه القاعدة قيد لقاعدة «العادة محكمة» (م/ ٣٦) وقيد لقاعدة «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» (م/ ٣٧) ؛ لأن ظاهر القاعدتين أن العادة مرعية على الإطلاق ، فجاءت هذه القاعدة لتفيد التقييد بما إذا اطردت العادة أو غلبت ، أما إذا ساوت أو ندرت فلا تراعى .

فالعادة المعتبرة التي تبنى عليها الأحكام الشرعية إنما هي المطردة أو الغالبة ، وإن الشيوع في الأكثر كاف ؛ إذ لا عبرة للأقل ، والعادة المعتبرة تنزل منزلة الشرط .

ولا تراعى العادة النادرة ؛ لذلك أفتى الأكابر من فقهاء الحنفية بفساد الإجارة المتعارفة عند خواص أهل بخارى فيما لو استقرض ألفاً مثلاً ، واستأجر المقرض لحفظ ملعقة أو ما شاكلها مدة معلومة بأجرة تزيد على قيمة الملعقة ، توصلأً لحل المرابحة في القرض ، وذكر بعضهم أن فسادها هو الصواب ، وعلله بأن هذا الشيء لم تعرفه عامتهم ، بل تعرفه خواصهم ، والعرف لا يثبت بهذا القدر .

التطبيقات :

- ١ - لو باع بدراهم ، أو بدنانير ، وكانت مختلفة في المالية والرواج ، ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً ، وإذا كانت متساوية في الرواج ،

والمسألة بحالها ، فسد العقد ؛ لأنه يؤدي إلى التنازع (الزرقا : ص ٢٢٣) .

٢ - لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ، ولم يصرح بحلول أو تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ الثمن كل جمعة قدرأ معلوماً ، انصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (الدعاس : ص ٣٧) .

٣ - لو جهز الأب ابنته جهازاً ودفعه لها ، ثم ادعى أنه عارية ، ولا بينة ، فإن كان العرف أن الأب يدفع ذلك ملكاً لا عارية ، لم يقبل قوله (الدعاس : ص ٣٧) .

٤ - من أوقف على درس الحديث ، ولم يعرف مراد الواقف ، هل هو من يدرس مصطلح الحديث ، أو يقرأ الحديث ، فيتبع اصطلاح البلد وعُرفه (الدعاس : ص ٣٨) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٣٣ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٢٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١ ، المنثور للزركشي ٣٦٢/٢ ، درر الحكام ٥٠/١ .

٤ - العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م/ ٤٢)

التوضيح :

إذا بني حكم شرعي على أمر غالب وشائع فإنه يبنى عاماً للجميع ، ولا يؤثر على عموميه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد ، أو في بعض الأوقات .

ولا تبنى الأحكام على الشيء النادر القليل ، بل تبنى على الغالب الشائع الكثير .

التطبيقات :

١ - إن قصر الصلاة في السفر هو رخصة مشروعة ، والحكمة في ذلك دفع مشقة السفر ، ولكنها لم تنضبط لاختلافها بحسب الأشخاص والأحوال والأزمان ، فأقيم السفر علة مقامها بحيث متى وجد السفر وجد القصر ؛ لأن السفر يلزم المشقة غالباً ، وتخلفها في بعض المترفين لا عبرة له ؛ لأن الحكم يراعى في الجنس لا الأفراد ، فيجوز قصر الصلاة في حقهم ؛ لأن العبرة للغالب الشائع لا للنادر (الدعاس : ص ٣٨) .

٢ - جَوِّزَ المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء دينه من غير جنس حقه ، لغلبة العقوق وأكل الحقوق (الزرقا : ص ٢٣٥) .

٣ - ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه ، وإن أوفاهم معجل مهرها ، لغلبة الإضرار في الأزواج ، في العصور المتأخرة (الزرقا : ص ٢٣٥) .

٤ - قال المتأخرون : ليس للقاضي أن يقضي بعلمه ، لفساد حال القضاة غالباً (الزرقا : ص ٢٣٥) .

٥ - صحح المتأخرون الاستئجار على الإمامة والأذان والتعليم ، لتكاسل الناس عن القيام بها مجاناً غالباً (الزرقا : ص ٢٣٥) .

٦ - قدر الفقهاء في الحضانة استغناء الصبي بالسبع ، وحد الشهوة للأثني بالتسع ، لأنه الغالب (الزرقا : ص ٢٣٥) . وأصبح الغالب في عصرنا التقدير بأكثر من ذلك .

٧ - منع العلماء من سماع دعوى الزوجة بكل المهر المعجل على زوجها بعد الدخول بها ، بل يقال لها : إما أن تقرري بما تعجلت ، وإلا قضينا عليك بالمتعارف تعجيله ، والقول للورثة في قدر ذلك ، والقول للزوجة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهر مثلها ، وذلك لأنها لا تسلم نفسها عادة من غير أن تقبض (الزرقا : ص ٢٣٥) . وقد تغيرت هذه العادة في عصرنا فيجب مراعاة ما استقر وشاع في ذلك .

٨ - قدر الفقهاء مدة الإياس من الحيض للمرأة بخمس خمسين سنة لأجل أن تعتد ؛ لأن المرأة إذا بلغت هذه السن ففي الغالب ينقطع حيضها (الزرقا : ص ٢٣٦) . وعند الشافعية الأشهر أن سن اليأس اثنتان وستون سنة ، والراجح الأظهر أنه يعتبر أقصى يأس نساء

العالم ، وإليه ميل الأكثرين ، وقيل : يعتبر إياس أقاربها^(١) .
وجعل الفقهاء كل ذلك أحكاماً عامة ، مع أنه لا شك في التخلف
في بعض الأفراد وفي بعض الأوقات ، ولكن لم ينظروا له ، وجعلوا
العبرة للكثير الغالب (الزرقا : ص ٢٣٦) (٢) .

(١) المذهب للشيرازي ٥٣٧/٤ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٣٥ - ٢٣٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٣٨ ،
المذهب ، الشيرازي ٥٣٧/٤ ، درر الحكام ٥٠/١

٥ - الحقيقة تترك بدلالة العادة (م/٤٠)

التوضيح :

إن الأصل في الكلام الحقيقة ، والمجاز خلف عنه ، وعند عدم القرينة ينصرف اللفظ إلى معناه الحقيقي ، إلا إذا تعذر إرادة المعنى الحقيقي ، أو كان مهجوراً عادة وعرفاً فيأخذ حكم المتعذر ، فتترك الحقيقة ويصار إلى العرف والعادة .

والحقيقة اللغوية تترك بدلالة العادة والعرف ؛ لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين ، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً .

ومن المعلوم أن الأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز تترجح الحقيقة ، وهي هنا العرف والعادة ، ويترك المجاز ، وهو المعنى الوضعي الأصلي ، لقولهم «مطلق الكلام محمول على المعتاد» .

وفائدة هذه القاعدة ، بعد قاعدة «العادة محكمة» (م/٣٦) وقاعدة «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» (م/٣٧) دفع ما عساه يتوهم من أن تحكيم العادة ، والعمل باستعمال الناس إنما يكونان حيث لم تعارضهما الحقيقة ، وذلك بأن لم يكن بإزائهما حقيقة أصلاً ، كمسألة

التقاط الثمار الساقطة ، المتقدمة تحت قاعدة «استعمال الناس حجة» ، أو كان بإزائهما حقيقة ، ولكنها كانت موافقة لهما ، وأما إذا كانت مصادمة لهما فلا يكونان معتبرين ، فنبه العلماء بهذه القاعدة على أن تحكيم العادة والعمل باستعمال الناس لا تقوى الحقيقة اللغوية على معارضتها ، بل يعمل بهما دونها ، وذلك كمسألة وضع القدم ، ومسألة ما لو حلف لا يأكل رأساً ، ولا يركب دابة ، الواردتين في قاعدة «استعمال الناس حجة» . فظهر بهذا أن المراد بالحقيقة المذكورة في لفظ هذه القاعدة الحقيقة المهجورة ، وإلا فإن الحقيقة المستعملة هي المعتبرة عند الإمام أبي حنيفة دون المجاز ، وإن كان استعماله أكثر من استعمالها ، ورأيه هو الراجح ، ولذلك تعتبر هذه القاعدة مكملة لقاعدة «استعمال الناس حجة» (م/ ٣٧) .

التطبيقات :

- ١ - حلف لا يأكل من هذه الشجرة ، فينصرف إلى ثمرها إن كان لها ثمر ، وإلا فلثمنها ، صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء ؛ لأنه يتعذر إرادة المعنى الحقيقي (الدعاس : ص ٣٨) .
- ٢ - لو حلف أن لا يضع قدمه في دار فلان ، فينصرف إلى الدخول بأي وجه كان ، راكباً ، أو ماشياً ، أو حافياً أو منتعلاً ؛ لأنه هو المتعارف لا المعنى الحقيقي ، وهو مباشرة القدم ، دخل أم لم يدخل ؛ لأنه مهجور عرفاً ، والعرف قاض على الوضع حتى لو تكلف ووضع قدمه ولم يدخل لا يُعدّ شيئاً ، ولا يحث ؛ لأنه لم يتعذر المعنى الحقيقي هنا ، لكنه مهجور عرفاً وعادة ، فيأخذ حكم المتعذر ، وتترك الحقيقة ، ويصار إلى العرف والعادة (الدعاس : ص ٣٨) .

- ٤ - كتب شخص على قرطاس بخطه أن الدين الذي لي على فلان أبرأته منه ، فيقبل ويسقط الدين ؛ لأن الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان (م/١٦٠٦) .
- ٥ - أمر شخص آخر بكتابة سند بدين عليه لفلان بكذا ، وأمضاه وختمه ، كان ذلك حجة عليه عند الحاكم ، لأنه من قبيل الإقرار بالكتابة ، والأمر بكتابة الإقرار إقرار حكماً (م/١٦٠٧) .
- ٦ - القيود التي هي في دفاتر التجار المعتقد بها هي من قبيل الإقرار بالكتابة ، فلو كتب التاجر في دفتره أنه مدين لفلان بكذا ، فتعتبر كتابته كإقراره الشفاهي (م/١٦٠٨) .
- ٧ - إن سند الدين الذي يكتبه الرجل ، أو يستكتبه ، ويعطيه لآخر ممضى بإمضائه أو مختوماً بختمه يعتبر إقراراً بالكتابة ، ويكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي (م/١٦٠٩) .
- ٨ - من كتب سنداً ، أو استكتبه ، وأعطاه ممضى ، أو مختوماً ، إذا أقر بأنه له ، ولكنه أنكر الدين الذي حواه فلا يعتبر إنكاره ، ويلزمه أداء ذلك الدين (م/١٦١٠) .
- ٩ - إذا أعطى إنسان سند دين ، ثم توفي ، يلزم ورثته قضاء الدين من التركة إذا أقروا بأن السند للمتوفى ، لأنه حجة عليه (م/١٦١١) .
- ١٠ - إذا ظهر في تركة المتوفى كيس مملوء بالنقود ، وقد كتب عليه بخط الميت إن هذا الكيس مال فلان ، وهو عندي أمانة ، يأخذه ذلك الرجل من التركة ، ولا يحتاج إلى الإثبات بوجه آخر (م/١٦١٢) (الزرقا : ص ٣٤٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٣١ - ٢٣٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٣٨ - ٣٩ ، درر الحكام ٤٨/١ .

٦ - الكتابُ كالخطاب (م/٦٩)

التوضيح :

إن الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين ؛ لأن القلم أحد اللسانين ، وقد كان ﷺ مأموراً بتبليغ الرسالة إلى الناس كافة ، وبلغهم مرة بالكتاب ، ومرة بالخطاب ، والقرآن أصل الدين ، وقد وصل إلينا بالكتاب .

ويشترط في الكتابة حتى تثبت بها الأحكام شرطان :

أ - أن تكون الكتابة مستبينة ، أي مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه ، فلا عبرة بالكتابة على سطح الماء أو في الهواء ، ونحو ذلك .

ب - أن تكون الكتابة مرسومة ، أي مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في الخط والمخطوط عليه ، ليخرج غيرها .

أما الطريقة المعتادة في الخط فبأن يكون مُعَنُوناً ومُصَدَّرًا باسم المرسل والمرسل إليه ، كقوله : من فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان ، وأن يكون مختوماً أو موقعاً عليه من المرسل المتكلم ، والظاهر في زماننا أنه يكفي أن يكون مذيلاً بإمضائه أو ختمه ، كما تفيد المجلة (م/١٦٠٩) وأن ذلك يغني عن تصديره بقوله : من فلان .

وأما الطريقة المعتادة في المخطوط عليه فبأن يكون كاغداً ، فلو كتب على الجدار أو ورق الشجر ، أو على الكاغد لا على وجه الرسم ، فإنه لا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه أو الإملاء على الغير ليكتبه ، وفي زماننا أن تكون الكتابة على قرطاس وورق كتابة ، لا على نحو ألواح عظام ، أو ورق شجر ونحوها .

والتقييد بالغائب لإخراج الحاضر ، فإن كتابته لا حكم لها ، إلا لحاجة كالأخرس ، ويختلف أثر الكتابة وتحديد وقتها بحسب العقود والتصرفات .

التطبيقات :

١ - إذا كانت الكتابة في العقود التي تتوقف على علم الآخر ورضاه ، كالبيع والإجارة والشركة والزواج ، فلا تأخذ الكتابة مفعولها من بدء الكتابة ، بل من بدء وصول الكتاب ، وعقد قراءته ، وعندها يعتبر الموجب والقابل ، فيعتبر مجلس بلوغ الكتاب ، ولا يظهر أثر الخط إلا على القبول (الزرقا : ص ٣٤٩ ، الدعاس : ص ٣٩) .

٢ - وكذا الحكم في الكتابة في التفويض بالطلاق ، فإنه يقتصر على المجلس ، ويعتبر فيه مجلس بلوغ الكتاب (الزرقا : ص ٣٤٩) .

٣ - إذا كان التصرف يتوقف على العلم فقط كالوكالة فلا يظهر تقييده بالمجلس ، ويكفي فيه الاطلاع على ما في الكتاب (الزرقا : ص ٣٤٩) .

٤ - إن التصرفات التي لا تفتقر إلى إطلاع الطرف الثاني ، مما يستقل به

الإنسان كالإقرار ، والطلاق ، والعتاق ، والإبراء ، كما إذا كتب : امرأته طالق ، أو عبده حر (بالإضافة إلى ياء المتكلم فيهما) فإنه لا حاجة في ذلك إلى الاطلاع ، بل ولا إلى الإرسال ، ولا يتقيد بالغيبة ، ويقع الطلاق ، والعتاق ، والإبراء ، والإقرار بمجرد الكتابة نوى أو لم ينو ، إذا كان الخط مرسوماً ، وكذلك لو كتب : إنَّ الدين الذي لي على فلان ابن فلان أبرأته عنه صح ، وسقط الدين ، وظاهره أنه يسقط بمجرد الكتابة أيضاً (الزرقا : ص ٣٥٠ ، الدعاس : ص ٤٠) .

٥ - من أراد أن يخطب امرأة ويتزوجها فكتب إليها بالخطبة والزواج ، فإذا بلغ المرأة الكتاب ، وأحضرت الشهود ، وقرأته عليهم ، وقالت : زوجت نفسي منه ، انعقد النكاح وصح (الدعاس : ص ٤٠) .

٦ - إن القاضي يعمل بما وجدته في أيدي القضاة الماضين ، وله رسوم في دواوينهم أي سجلات (الدعاس : ص ٤٠) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٤٩ - ٣٥٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٣٩ - ٤٠ ، درر الحكام ٦٩/١ .

٧ - الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان (م/ ٧٠)

الألفاظ الأخرى :

الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان .
إشارة الأخرس كعبارة الناطق^(١) .

التوضيح :

إن الإشارة المعهودة أي المعلومة المعتادة للأخرس الأصلي ،
بعضو من أعضائه ، كيده ، أو رأسه ، أو عينه ، أو حاجبه ، معتبرة كالبيان
باللسان ، وهي بمنزلة نطقه فتعتبر .

وهذا استحسان ضرورة ، كما أن الشرع اعتبر ذلك منه في
العبادات ، فإذا حرك لسانه بالتكبير والقراءة ونحوها كان صحيحاً ، ولو
لم يعتبر ذلك منه مات جوعاً وعطشاً ، وقد ورد عن النبي ﷺ أنه أخبر
بالإشارة بقوله : «الشهر هكذا وهكذا وهكذا ، وخنس إصبعه في الثالثة ،
يعني تسعاً وعشرين ، وثلاثين» أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود
والنسائي وابن ماجه وأحمد^(١) .

(١) ذكر الزركشي للشافعي هذه القاعدة بنص آخر «إشارة الأخرس كعبارة الناطق في
العقود والحلول والدعاوى والأقارير» ، ولها تطبيقات كثيرة ، كما لها استثناءات
(المنثور ١٦٤/١ - ١٦٦) .

(٢) صحيح البخاري ط دار الشعب (٣/ ٣٤) صحيح مسلم ترتيب فؤاد عبد الباقي ←

ولا يشترط لاعتبار إشارة الأخرس عدم علمه بالكتابة على المعتمد ،
فإذا كان عالماً بالكتابة ولم يشهد ، أو أشار ولم يكتب ، فإنه يكون معتبراً ،
ولكن شرطوا لايقاعه الطلاق أن يكون مقروناً منه بتصويت .

والاحتراز بالأخرس عن القادر عن التكلم ، فإن إشارته لا تعتبر إذا
كانت مستقلة ، إلا في مسائل : منها : الإسلام ، والكفر ، والنسب ،
والإفتاء ، وأما إذا لم تكن مستقلة بأن استعان بها على تفسير لفظ مبهم
في كلامه فتعتبر ، كما لو قال لزوجته : أنت طالق هكذا (وأشار بثلاث
مثلاً ، فيقنع) بخلاف ما لو قال : أنت طالق (وأشار بثلاث) فإنه يقع
واحدة .

والاحتراز بالأخرس الأصلي عن العارض ، وهو معتقل اللسان ،
فإنه لا تعتبر إشارته إلا إذا اتصل بعقلته الموت ، أو دامت سنة ، فحيثئذ
تعتبر إشارته المعهودة ، وإلا فلا .

التطبيقات :

١ - إشارة الأخرس في النكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والبيع ، والإجارة ،
والهبة ، والرهن ، والإبراء ، والإقرار ، والنكول ، والقصاص في
إحدى الروايتين معتبرة (الزرقا : ص ٣٥١ ، الدعاس : ص ٤٠) .

٢ - تصح إشارة الأخرس في الحلف ، وكيفية تحليفه أن يقول له
القاضي : عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا ، فإذا أوماً برأسه :
نعم ، يصير حالفاً ، ولا يقول له : بالله إن كان كذا ؛ لأنه لو أشار

→ (٧٦٠/٢) بذل المجهول شرح سنن أبي داود (١٠٥/١١) سنن النسائي (١١٣/٤)
سنن ابن ماجه (٥٣٠/١) مسند أحمد (١٨٤/١) .

برأسه بنعم يكون مقراً بالله ، لا حالفاً به ، والظاهر أنه لابد في تحليفه من إشارة مع اللفظ من القاضي ، أو جلوازه ، تفهمه أن ذلك تحليف (الزرقا : ص ٣٥١) .

المستثنى :

- ١ - لا تقبل إشارة الأخرس في الحدود ؛ لأنها تدرأ بالشبهات (الزرقا : ص ٣٥١) .
- ٢ - لا تقبل إشارة الأخرس في الشهادة ؛ لأنها تعتمد على لفظ أشهد (الزرقا : ص ٣٥١) .
- ٣ - لا تقبل إشارة الأخرس في القصاص في إحدى الروايتين (الزرقا : ص ٣٥١) .
- ٤ - يشترط لقبول إشارة الأخرس في الطلاق أن تكون مقرونة منه بتصويت (الزرقا : ص ٣٥١) .
- ٥ - لابد في تحليف الأخرس من إشارة مع اللفظ من القاضي أو جلوازه ، تفهمه أن ذلك تحليف (الزرقا : ص ٣٥١) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٥١ - ٣٥٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٤٠ ،
در الأحكام ٧٠ / ١ ، المنشور للزركشي ١ / ١٦٤ .

٨ - المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً (م/٤٣)

الألفاظ الأخرى :

المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً .

التوضيح :

إن المعروف المعتاد بين الناس ، وإن لم يذكر صريحاً ، فهو بمنزلة الصريح لدلالة العرف عليه ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً ، وفي كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف ، وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه ، إذا تعارفه الناس ، واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح ، فهو مرعي ، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح ؛ لأن العادة محكمة (م/٣٦) .

أما إذا كان الشرط المتعارف الصريح غير معتبر شرعاً ، وذلك بأن كان مصادماً للنص بخصوصه ، فلا يكون معتبراً إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط ، فلو تعارف الناس مثلاً تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعدٍ ولا تقصير منه ، لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى ، لأنه مضاد للشارع . وإنما قيد الشرط بالمتعارف ، لأن غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطاً يقتضيه العقد ،

كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، أو يلائمه ، كاشتراط كفيل حاضر ورهن معلوم ، فهو غير ما نحن فيه .

التطبيقات :

١ - إن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة كل بلد ، كالإجارة ونحوها (الدعاس : ص ٤١) .

٢ - لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعرف واعتيد العمل به بدون شرط ، كما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تعرف ، ولذا قالوا : لو ادعى نازل الخان ، وداخل الحمام ، وساكن المَعْد للاستغلال ، الغصب ، ولم يكن معروفاً به ، لم يصدق في ذلك ، ويلزمه الأجر ، كما لو استخدم صانعاً في صنعة معروف بها ، وبها قوام حاله ومعيشته ، ولم يعين له أجره ، ثم طالبه بالأجر ، فادعى أنه استعان به مثلاً ، فإنه لا يسمع منه ، ويلزمه أجر مثله (الزرقا : ص ٢٣٧) .

٣ - لو جهز الأب ابنته بجهاز ، ودفعه لها ، ثم ادعى أنه عارية ، ولا بينة ، فإنه ينظر إن كان العرف مستمراً أن مثل ذلك الأب يدفع ذلك الجهاز عارية أو ملكاً ، فإنه يتبع ، ويكون القول قول من يشهد له العرف ، والبينة بينة الآخر ، وإن كان العرف مشتركاً فالقول قول الأب ، والبينة بينة البنت (الزرقا : ص ٢٣٨) .

٤ - لو اختلف البائع والمشتري في دخول البرذعة ، أو الإكاف في البيع ، فإنه يُحكّم العرف (الزرقا : ص ٢٣٨) ويقال مثل ذلك فيما يدخل مع السيارة عند بيعها اليوم .

٥ - لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معلومة ليعلمه الحرفة ، ثم اختلفا ، فطلب كل منهما من الآخر الأجر ، فإنه يحكم بالأجر لمن شهد له عرف البلدة (الزرقا : ص٢٣٨) .

٦ - يعتبر العرف في أن الحمال يُدخِل المحمولَ إلى داخل الباب أو لا (الزرقا : ص٢٣٨) .

ولا يأخذ الشافعية بهذه القاعدة^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ، ص٢٣٧ - ٢٣٨ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص٤١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٨ ، درر الحكام ١/ ٥١ ، وانظر تطبيق هذه القاعدة وأمثلتها في المذهب الشافعي وأن الأصح لا يعتبر (المشور ، للزركشي ٢/ ٣٦٢ - ٣٦٤ ، ٣٩٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٠٦) وسبق بيان أمثلة الشافعية في «المبحث السادس : العادة المطردة» ص٢٨٣ .

٩ - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م/٤٥)

التوضيح :

المراد من النص نص القرآن أو الحديث ، ويعرف النص في أصول الفقه : بأنه هو اللفظ الدال على معنى لا يحتمل غيره ، ويطلق في الفقه الشافعي على ما نصَّ عليه الشافعي في كتبه ، وفي الفقه الحنبلي ما نص عليه الإمام أحمد .

ومعنى هذه القاعدة أن أي حكم يترتب على التعيين بصريح النص ، يترتب على التعيين بالعرف والعادة ، وهذه القاعدة بمعنى قاعدة «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة» (م/٣٨) وقاعدة «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» (م/٣٧) وقاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» (م/٤٣) وقاعدة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» (م/٤٤) .

التطبيقات :

١ - من قال : عليّ الطلاق ، قد أصبح هذا اللفظ في حقه : كأنّ طالق ؛ لأن العرف سوى بينهما في الاستعمال (الدعاس : ص ٤١) .

٢ - من حلف : لا يأكل لحماً ، لا يحنث بأكل السمك ، إذا كان اللحم المتعارف عليه في بلده هو لحم الضأن (الدعاس : ص ٤١) .

٣ - لو استأجر داراً أو حانوتاً بلا بيان من يسكن ، أو بلا بيان ما يعمل فيه ، فله أن يتتبع بجميع أنواع الانتفاع ، غير أنه لا يسكن ، ولا يُسكن حداداً ولا قصاراً ، ولا طحاناً ، من غير إذن المؤجر (الزرقا : ص ٢٤١) .

٤ - لو استأجر حانوتاً في سوق البزازين مثلاً ، فليس له أن يتخذه للحدادة أو الطبخ أو نحو ذلك مما يؤدي جيرانه (الزرقا : ص ٢٤١)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٤١ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٤١ ، درر الحكام ٥١/١ .

١٠ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م/٤٤)

التوضيح :

هذه القاعدة في معنى القاعدة «المعروف عرفا كالمشروط شرطاً» (م/٤٣) ولا تفترق عنها إلا أن تلك القاعدة في مطلق عرف ، وهذه خاصة في عرف التجار ، كما أن هذه القاعدة داخلة في قاعدة «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» (م/٤٥) ولكن العلماء ذكروا هذه القاعدة للاهتمام بشأن المعاملات التجارية ، فما يقع بين التجار من المعاملات والعقود ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة عندهم ، ما دام هذا العرف لا يصادم نصاً شرعياً ، فإن صادمه كان العرف لاغياً .

فإذا وقع التعارف والاستعمال بين التجار على شيء غير مصادم للنص فإنه يتبع وينصرف إليه عند الإطلاق ، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه .

التطبيقات :

١ - لو تباع تاجران شيئاً ، ولم يصرحا في صلب العقد أن الثمن نقد أو نسيئة ، فلو تعارفوا تأدية الثمن بعد أسبوع ، أو غيره ، لا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً ، وينصرف إلى عرفهم وعاداتهم (الدعاس : ص ٤٢) .

٢ - لو باع التاجر شيئاً ، وقد جرى العرف على أن يكون بعض معلوم القدر من الثمن حالاً ، أو على أن دفع كل الثمن يكون منجماً على نجوم معلومة ، يكون ذلك العرف مرعياً بمنزلة الشرط الصريح ، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه (الزرقا : ص ٢٣٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٣٩ - ٢٤٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٤٢ ، درر الحكام ٥١ / ١ .

١١ - لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان (م/ ٣٩)

التوضيح :

قد يكون بعض الأحكام الشرعية يبنى على عرف الناس وعاداتهم ، فإذا اختلفت العادة عن زمان قبله ، تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم ، وأما ما أصله على غير ذلك فلا تتغير .

فالأحكام الشرعية الاجتهادية تنظم ما أوجبه الشرع الذي يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد ، فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية ، فكم من حكم كان تدييراً نافعاً لبيئة في زمن معين ، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه ، أو يفضي إلى عكسه ، وعلى هذا أفتى كثير من الفقهاء في شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم الأولون .

قال ابن عابدين : كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان أولاً ، للزم المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، ولهذا نرى مشايخ المذهب (الحنفي) خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمانهم لقال بما قالوا به ، أخذاً من قواعد مذهبه . أهـ .

فلا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان ، أي بتغير عرف أهلها وعاداتهم ، فإذا كان عرفهم وعاداتهم يستدعيان حكماً ثم تغيرا إلى عرف وعادة أخرى فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم .

وإن ذلك مقرر ومسلم وثابت في الشرع ، وهو سنة الله سبحانه في تشريعه لعباده ، فإنه تعالى حين بدأ خلق الإنسان ، وكان الحال ضيقاً لقلة عدد الذرية أباح نكاح الأخت لأخيها ، ووسع في أشياء كثيرة ، وبقي ذلك إلى أن حصل الاتساع ، وكثرت الذرية ، فحرم ذلك في زمن بني إسرائيل ، وحرّم عليهم السبت والشحوم ولحوم الإبل وأموراً كثيرة ، وكانت توبة الإنسان بقتله ، وإزالة النجاسة بقطعها ، إلى غير ذلك من التشديدات ، ثم لما جاء آخر الزمن ، وضعف التحمل ، وقلّ الجلد ، لطف الله سبحانه بعباده ، وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات ، ورفع تلك التكليفات وقبول التوبات ، كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان ، سنة الله الجارية في خلقه .

وقيل : تغير الأحكام إحداثها وابتداء سنّها بعد أن لم تكن ، كما فعل عمر بن عبد العزيز ، فإنه قال : ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور .

وإذا ادّعي اختلاف الأحوال إلى تغير بعض الأحكام ، أو إثبات أحكام ، فلا بدّ أن تكون تلك الأحكام المسنونة بحال تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار ، أو تكون بحال إذا لم تشهد لها بالاعتبار لا تشهد عليها بالإبطال ، كأن تكون من المصالح المرسلة ، وهي التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها ، ولوحظ فيها جهة منفعة ، فإنها يجوز العمل بها ،

وإن لم يتقدمها نظير في الشرع يشهد باعتبارها ، كما وقع لسيدنا الصديق في توليته عهد الخلافة لعمر رضي الله عنهما ، وكترك الخلافة شورى بين ستة ، وكثدوين الدواوين ، وضرب السكة ، واتخاذ السجون ، وغير ذلك كثير مما دعا إلى سنّه تغير الأحوال والأزمان ، ولم يتقدم فيه أمر من الشرع ، وليس له نظير يلحق به ، ولوحظ فيه جهة مصلحة ، كما تقتضي القاعدة الأخرى «الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أو خاصة» (م/ ٣٢) .

ولكن ما الأحكام التي يجب تغييرها بتغير الزمان؟ وما الأحكام التي لا يجوز تغييرها بتغير الزمان؟

والجواب : أنه اتفقت كلمة المذاهب على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس هي الأحكام الاجتهادية التي بُنيت على القياس ودواعي المصلحة ، فإذا أصبحت لا تتلاءم وأوضاع الزمان ومصلحة الناس وجب تغييرها ، وإلا كانت عبثاً وضراً ، والشرعية منزّهة عن ذلك ، ولا عبث فيها .

أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها بنصوصها الأصلية : الأمرة والنهي ، كحرمة الظلم ، وحرمة الزنى ، والربا ، وشرب الخمر والسرقه ، وكوجوب التراضي في العقد ، ووجوب قمع الجرائم وحماية الحقوق ، فهذه لا تتبدل بتبدل الزمان ، بل هي أصول جاءت بها الشريعة لإصلاح الزمان والأجيال .

ولكن وسائل تحقيقها ، وأساليب تطبيقها ، قد تتبدل باختلاف الأزمنة والمحدثات ، فوسيلة حماية الحقوق مثلاً ، وهو القضاء كانت

محاكمه تقوم على أسلوب القاضي الفرد ، وقضاؤه على درجة واحدة قطعية ، فيمكن أن تتبدل إلى أسلوب محكمة الجماعة ، وتعدد درجات الاحتياط ، فالتبدل في الحقيقة في مثل هذه الأحكام ، ما هو إلا تبدل الوسائل للوصول إلى الحق ، والحق ثابت لا يتغير .

والحقيقة أن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان ، المبدأ الشرعي فيها واحد ، وهو إحقاق الحق ، وجلب المصالح ، ودرء المفاسد ، وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع ، فإن تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية ، بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً ، وأنجح في التقويم علاجاً^(١) .

التطبيقات :

١ - لما كان لون السواد في زمن الإمام أبي حنيفة ، رحمه الله تعالى ، يعدّ عيباً قال بأن الغاصب إذا صبغ الثوب بالسواد يكون قد عيبه ، ثم بعد ذلك لما تغير عرف الناس ، وصاروا يعدونه زيادة ، قال الصحابان : إنه زيادة (الزرقا : ص ٢٢٧) .

٢ - لما كانت الدور تبنى بيوتها على نمط واحد ، قال المتقدمون غير زفر : يكفي لسقوط خيار الرؤية رؤية بيت منها ، ولما تبدلت الأزمان ، وصارت بيوت الدور تبنى على كيفيات مختلفة واختلف طراز الإنشاءات وصارت الدار يختلف بعض بيوتها عن بعض بحسب عاداتهم رجح المتأخرون قول زفر من أنه لا بد من رؤية كل

(١) إيضاح القواعد الفقهية ص ٤٦ - ٤٧ .

البيوت ليسقط الخيار ، فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان ، بل اختلاف عصر وزمان (الزرقا : ص ٢٢٧ ، الدعاس : ص ٤٣) .

٣ - قال المتقدمون : إن الدائن ليس له استيفاء دينه من مال المدين حال غيبته إلا إذا كان من جنس حقه ، لما كان في زمانهم من انقياد الناس إلى الحقوق ، ثم لما انتقلت عادة الناس إلى الجحود ، قال الفقهاء : للدائن استيفاء دينه ولو من غير جنس حقه (الزرقا : ص ٢٢٧) .

٣ - قال المتقدمون : على الزوجة أن تتابع زوجها بعد إيفائه لها معجل مهرها حيث أحبّ ، لما كان في زمانهم من المودة والوفاء ، ثم لما انتقلت عادة الناس إلى العقوق والإضرار قال المتأخرون : لا تجبر الزوجة على متابعة الزوج إلى غير وطنها الذي نكحها فيه ، وإن أوفأها معجل مهرها لتغير حال الناس إلى العقوق (الزرقا : ص ٢٢٧) .

٤ - لما ندرت العدالة ، وعزّت في هذه الأزمان المتأخرة قالوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل ، والأقل فجوراً فالأقل (الزرقا : ص ٢٢٩) ، فالشهود الذين يقضى بشهادتهم في الحوادث يجب أن يكونوا عدولاً ، أي ثقات ، وهي المحافظة على الواجبات الدينية والمعرفة بالصدق والأمانة ، إلا أن الكثير من الفقهاء المتأخرين لاحظوا ندرة العدالة الكاملة لكثرة الفساد وضعف الذمم والوازع الديني ، فإذا تطلب القضاة دائماً العدالة الشرعية في الشهود ضاعت الحقوق لامتناع الإثبات ، فلذا أفتوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل من القوم ،

حيث تقل العدالة ، ومعنى الأمثل فالأمثل أي الأحسن فالأحسن ،
حالا من الموجودين ، ولو كان في ذاته غير كامل العدالة بحدها
الشرعي ، أي أنهم تنازلوا عن اشتراط العدالة المطلقة إلى العدالة
النسبية (الدعاس : ص ٤٤) .

٥ - وقالوا مثل ذلك في القضاة وغيرهم ، إذا لم يوجد غير العدول
أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً ، لئلا تضيع المصالح ، وتتعطل
الحقوق والأحكام ، فقد حسن ما كان قبيحاً ، واتسع ما كان
ضيقاً ، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان ، فإن خيار زماننا هم
أراذل أهل العصر الأول ، وولاية الأراذل فسوق (الزرقا : ص ٢٢٩) .

٦ - جوز الفقهاء تحليف الشهود عند إلحاح الخصم ، وكذا إذا رأى
الحاكم ذلك لفساد الزمان (الزرقا : ص ٢٢٩) .

٧ - جوزوا أيضاً إحداث أحكام سياسية لقمع الدعار وأرباب الجرائم
عند كثرة فساد الزمان ، وأول من فعله عمر بن عبد العزيز رحمه
الله تعالى ، فإنه قال : ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من
الفجور (الزرقا : ص ٢٢٩) .

٨ - ومما يتفرع على القاعدة : منع عمر بن عبد العزيز عماله عن القتل
إلا بعد إعلامه وإذنه به بعد أن كان مطلقاً لهم ، لما رأى من تغير
حالهم (الزرقا : ص ٢٢٩) .

٩ - القيام بالواجبات الدينية ، لا يجوز أخذ الأجرة عليها ، كالإمامة
وخطبة الجمعة ، وتعليم القرآن . . . إلخ ، بل على المقتدر أن يقوم
بذلك مجاناً ، لأنه واجب شرعي ، غير أن المتأخرين من الفقهاء

لاحظوا قعود الهمم عن هذه الواجبات ، فأفتوا بجواز أخذ الأجرة عليها حرصاً على تعليم القرآن ونشر العلم ، وإقامة الشعائر الدينية بين الناس (الدعاس : ص ٤٣) .

١٠ - إن المدين - في أصل المذهب الحنفي - تنفذ تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع ، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها ، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته ، فتبقى أعيان أمواله حرة ، فينفذ فيها تصرفه ، وهذا مقتضى القواعد القياسية .

ثم لما فسدت ذمم الناس ، وكثر الطمع وقلّ الورع ، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق ، أفتى المتأخرون من فقهاء المذهبين الحنفي والحنبلي بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله (الدعاس : ص ٤٤) .

١١ - ورد في «صحيح البخاري» وغيره^(١) أن النبي ﷺ سئل عن ضالة الإبل : هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردّها على صاحبها متى ظهر؟ (كضالة الغنم ونحوها من الأشياء الصغيرة التي يخشى عليها) فنهى النبي ﷺ عن التقاطها ؛ لأنها لا يخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع ، وأمر بتركها ترد الماء ، وترعى الكلاً حتى يلقاها ربها ، فاستثنى الإبل من حكم التقاط الضالة .

فلما كان عهد عثمان بن عفان أمر بالتقاط ضوال الإبل

(١) صحيح البخاري (٨٥٣/٢) صحيح مسلم (٢١/١٢) عن زيد بن خالد الجهني .

وبيعها ، كبقية الضوال ، على خلاف ما أمر به النبي ﷺ واستثناه ، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها ، وروى ذلك مالك عن ابن شهاب الزهري ؛ لأن عثمان رأى أن الناس قد دبّ إليهم فساد الأخلاق والذمم ، وامتدت أيديهم إلى الحرام ، فهذا التدبير أصون لضالة الإبل ، وأحفظ لحق صاحبها ، خوفاً من أن تنالها يد سارق أو طامع .

فهو بذلك - وإن خالف أمر رسول الله ﷺ في الظاهر - إنما هو موافق لمقصوده ، إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان لآل إلى عكس مراد النبي ﷺ في صيانة الأموال ، وكانت نتيجته ضرراً (الدعاس : ص ٤٦) .

١٢ - ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن كتابة أحاديثه ، وقال لأصحابه : «من كتب عني غير القرآن فليمحه»^(١) ، إلا ما ثبت استثناء من كتابة بعض الصحابة .

واستمر الصحابة والتابعون غالباً يتناقلون السنة النبوية حفظاً وشفاهاً لا يكتبونها حتى آخر القرن الهجري عملاً بهذا النهي .

ثم انصرف العلماء في مطلع القرن الثاني إلى تدوين السنة النبوية بأمر الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى ؛ لأنهم خافوا ضياعها بموت حفظتها ، ورأوا أن سبب نهى النبي ﷺ عن كتابتها إنما هو خشيته أن تختلط بالقرآن ، إذ كان الصحابة يكتبون ما ينزل منه على

(١) هذا الحديث رواه أحمد (٣/ ١٢ ، ٢١ ، ٣٩) ومسلم (١٧/ ٥٠) والدارمي .

رقاع ، فلما عمَّ القرآن ، وشاع حفظاً وكتابة ولم يبق هناك خشية في اختلاطه بالحديث النبوي ، لم يبق موجب لعدم كتابة السنة ، بل أصبحت كتابتها واجبة ، لأنها الطريقة الوحيدة لصيانتها من الضياع ، والحكم يدور مع علته ثبوتاً وانتفاءً (الدعاس : ص ٤٦) .

ويمكن أن يقال مثل ذلك في حفظ السنة الآن وتدوينها وجمعها بالحاسوب ، والطباعة الحديثة ، وأجهزة التسجيل ، ونشرها بأجهزة الإعلام حتى التلفاز والإنترنت .

تنبيه: الأصل في الشريعة ثبات الأحكام :

إن لفظ الأحكام الوارد في القاعدة ليس عاماً ، ولذلك تعتبر القاعدة خاصة واستثناء ، مع التذكير بما يلي :

١ - إن الأحكام الأساسية الثابتة في القرآن والسنة والتي جاءت الشريعة لتأسيسها بنصوصها الأصلية : الأمرة الناهية ، كحرمة الظلم ، وحرمة الزنى والربا ، وشرب الخمر والسرقه ، وكوجوب التراضي في العقد ، ووجوب قمع الجرائم ، وحماية الحقوق ، فهذه لا تتبدل بتبدل الزمان ، بل هي أصول جاءت بها الشريعة لإصلاح الزمان والأجيال ، وتتغير وسائلها فقط .

٢ - إن أركان الإسلام ، وما علم من الدين بالضرورة ، لا يتغير ولا يتبدل ، ويبقى ثابتاً كما ورد ، وكما كان في العصر الأول ، لأنها لا تقبل التبديل والتغيير .

٣ - إن جميع الأحكام التعبدية التي لا مجال للرأي فيها ، ولا

للاجتهاد ، لا تقبل التغيير ولا التبديل بتبدل الأزمان والأماكن والبلدان والأشخاص .

٤ - إن أمور العقيدة أيضاً ثابتة لا تتغير ولا تتبدل ، ولا تقبل الاجتهاد ، وهي ثابتة منذ نزولها ومن عهد الأنبياء والرسل السابقين ، حتى تقوم الساعة ، ولا تتغير بتغير الأزمان^(١) .

وإلى هنا تنتهي القواعد الفقهية الأساسية الخمس ، وهي متفق عليها بين المذاهب ، وألحقنا بها القواعد الفقهية المتفرعة عنها ليكتمل الموضوع ، ولتكون واضحة في مكان واحد .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٢٧ - ٢٢٩ ، القواعد الفقهية بالدعاس ص ٤٢ - ٤٧ ، درر الحكام ٤٧/١ .

الباب الثاني

القواعد الكلية المتفق عليها

وهي القواعد الفقهية الكلية التي يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية .

ويدخل تحت بعضها قواعد فقهية أخرى ، تذكر بعدها ، ليكون الموضوع متكاملاً في مكان واحد .

وهذه القواعد الكلية بعضها متفق عليه بين المذاهب ، وبعضها مختلف فيه ، لذلك نحدد مصادر الفروع والجزئيات والمسائل المتفرعة من القاعدة ، وبحسب المذهب المعين .

ونخصص هذا الباب للقواعد الكلية المتفق عليها بين المذهبين : الحنفي والشافعي ، مع ذكر الفروع والمسائل لها في المذهبين ، ثم نضيف القواعد المتفرعة عنها ، سواء كانت القواعد المتفرعة متفقاً عليها أم لا .

إعمال الكلام أولى من إهماله (م/ ٦٠)

التوضيح :

إن إعمال الكلام بما يمكن إعماله بحمله على معنى أولى من إهماله ، لأن المهمل لغو ، وكلام العاقل يسان عنه ، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة ، وإلا فمجاز ، طالما يمكن استعماله في معنى يناسبه ؛ لأن الكلام الصادر من العاقل يحمل على الحقيقة ما أمكن ، فإذا تعذرت يصار إلى المجاز ، لتصحيح كلامه إلا إذا تعذر فيلغو .

ومحل هذه القاعدة أن يستوي الإعمال والإهمال بالنسبة إلى الكلام ، أما إذا بعد الإعمال عن اللفظ ، وصار بالنسبة إليه كاللغو الخفي ، فلا يصير راجحاً بل الإهمال مقدم . ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد .

التطبيقات :

١ - لو وقف أحد على أولاده ، أو أوصى لأولاده فيتناول أولاده الصلبية فقط إن كانوا ، لأنه الحقيقة ، فإن لم يكن له أولاد من الصلب تناول أولادهم حملاً عليهم بطريق المجاز ، صوناً للفظ عن سقوطه ؛ لأن إعمال الكلام أولى من إهماله (الزرقا : ص ٣١٥ ، الدعاس : ص ٤٨ ، اللحجي : ص ٦٧) .

٢ - كذلك لو أوصى أو وقف على مواليه الأعلى أو الأسفلين ، فإن كان له موالٍ استحقوا ، وإلا فلموالي مواليه (الزرقا : ص ٣١٥) .

٣ - لو حلف لا يأكل من هذه النخلة فأكل من ثمرها ، أو الدبس الذي يستخرج منها ، فإنه يحنث ؛ لأن النخلة لا يتأتى أكل عينها ، فحُمِلَ على ما تولّد منها (الدعاس : ص ٤٨) .

٤ - لو قال لزوجته وحمار : أحكما طالق ، فإنها تطلق ، بخلاف ما إذا قال ذلك لها ولأجنبية ، وقصد الأجنبية ، يقبل في الأصح لكون الأجنبية قابلة في الجملة (اللحجي : ص ٦٧) .

٥ - لو أوصى بطل ، وله طبل حرب ، وطبل لهُو ، فتصح الوصية على طبل الحرب لجواز استعماله ، وإعمال الكلام فيه (اللحجي : ص ٦٧) .

المستثنى :

١ - لو قال لزوجته الثابت نسبها من غيره : هذه بنتي ، فهذا لغو ، لأنه تعذر حمله على الحقيقة (الدعاس : ص ٤٨) .

٢ - لو أوصى بعود من عيدانه ، وله عيدان لهُو ، وعيدان قسي ، فالأصح بطلان الوصية تنزيلاً على عيدان اللهُو ، لأن اسم العود عند الإطلاق ينصرف له ، واستعماله في غيره مرجوح ، وليس كالطبل لوقوعه على الجميع وقوعاً واحداً ، كذا فرق الأصحاب بين المسألتين (اللحجي : ص ٦٧) .

٣ - لو قال : زَوَّجْتُكَ فاطمة ، ولم يقل بنتي ، لم يصح على الأصح ،
لكثرة الفواطم (اللاحجي : ص ٦٧) (١) .

ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد فقهية ، وهي ثمانية قواعد ،
وسترد الآن .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣١٥ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٤٨ ، إيضاح
القواعد الفقهية ، اللاحجي ص ٦٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٤٢ ، المنشور
للزركشي ١/ ١٨٣ ، درر الحكام ١/ ٥٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٠ .

١ - الأصل في الكلام الحقيقة (م/ ١٢)

التوضيح :

الحقيقة لغة : من حقّ الشيء إذا ثبت ، وهو ما وضعت له ولم تتجاوزه ، وفي الاصطلاح : اللفظ المستعمل فيما وضع له ، أي تعين له بحيث يدل عليه بغير قرينة ، سواء أكان التعيين من جهة واضع اللغة أو غيره في الشرع أو العرف أو الاصطلاح .

مثال الحقيقة اللغوية : كالأسد للحيوان المفترس ، والحقيقة الشرعية : كالصلاة للعبادة المخصوصة ، والحقيقة العرفية كالدابة لما يركب ، والحقيقة الاصطلاحية كالكلمة للفظ المفرد عند النحاة .

ويقابل الحقيقة المجاز ، وهو الكلمة المستعملة في غير ما وضعت له لعلاقة مع قرينة مانعة عن إرادة المعنى الموضوع له .

ولا يصرف اللفظ عن معناه الحقيقي إلى المجازي إلا عند عدم الإمكان ، بأن تعذرت الحقيقة ، أو تعسرت ، أو هجرت ، فيصار إلى المجاز ، ويحمل الكلام على المعنى المجازي ضرورة عدم إهمال كلام العاقل ، وتطبق قاعدة «إذا تعذرت الحقيقة يُصار إلى المجاز» (م/ ٦١) .

فهذه القاعدة فرع عن قاعدة «إعمال الكلام أولى من إهماله» (م/ ٦٠) وفرع عن قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» (م/ ٤) لأن الحقيقة

يقين ، والمجاز شك ، واليقين لا يزول بالشك إلا لسبب أو علة .

والحقيقة أصل في الكلام ، والمجاز فرع فيه وخلف عنها ، ولكونها أصلاً قدمت على المجاز ، وكان العمل بها أولى من العمل به ، ما لم يوجد مرجح له فيصير إليه .

والمراد بهذه القاعدة أنه إذا كان للفظ معنيان متساوي استعمالهما ، معنى حقيقي ، ومعنى مجازي ، وورد مجرداً عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر ، فيراد به حينئذ المعنى الحقيقي لا المجازي ؛ لأن المجاز خلف عن الحقيقة ، فترجح هي عليه في نفسها .

وهذه القاعدة تكملها قاعدة «إذا تعدّرت الحقيقة يُصار إلى المجاز» (م/ ٦١) وقاعدة : «إذا تعدّر إعمال الكلام يُهمل» (م/ ٦٢) .

التطبيقات :

١ - لو وقف على أولاده ، أو أوصى لهم ، لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح ، إن كان له ولد لصلبه ، لأن المعنى الحقيقي للولد هو الولد الصلبي (الدعاس : ص ٤٩ ، اللحجي : ص ٣٢) .

٢ - لو قال لآخر : وهبتك هذا الشيء ، فأخذه المخاطب ، ثم ادّعى الواهب أنه أراد بالهبة البيع مجازاً ، وطلب الثمن ، لا يقبل قوله ، لأن الأصل في الكلام الحقيقة ، وحقيقة الهبة تمليك بلا عوض ، بخلاف ما إذا قال : وهبتك بدينار ، فإن ذلك قرينة على إرادة المجاز ، ولا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر الحقيقة (م/ ٦١) (الدعاس : ص ٤٩) .

- ٣ - لو حلف لا يبيع ، أو لا يشتري ، أو لا يضرب عبده ، فوكل في ذلك لم يحث ، حملاً للفظ على حقيقته (اللعجي : ص٣٢) .
- ٤ - لو قال : وقفت على حفاظ القرآن لم يدخل فيه من كان حافظاً ونسيه ؛ لأنه لا يطلق عليه حافظ إلا مجازاً باعتبار ما كان (اللعجي : ص٣٢) .
- ٥ - لو وقف على ورثة زيد ، وهو حي ، لم يصح ، لأن الحي لا ورثة له (اللعجي : ص٣٢) .
- ٦ - لو أوصى أو وقف على أولاده ، دخل أولاد البنات على الراجح ، لأن ولد بنت الإنسان ولد ولده حقيقة (الزرقا : ص١٣٦) .
- ٧ - لو حلف بطلاق زوجته أن لا يفعل الشيء الفلاني ، فوكل غيره ففعله الوكيل ، لا يحث إذا كان فعل ذلك الشيء لا يقبل التوكيل به أصلاً ، أو كان يقبل التوكيل ، ولكنه كان من الأفعال التي لا يلزم الوكيل حين فعله لها أن يضيفها إلى الموكل (الزرقا : ص١٣٦) .
- وما لا يقبل التوكيل كالأفعال الحسية كالأكل والشرب والدخول والخروج والنوم وما شاكلها ، وما يقبل التوكيل ولا يلزم الوكيل حين فعلها أن يضيفها إلى الموكل سبعة ، وهي : البيع ، والشراء ، والإيجار ، والاستئجار ، والقسمة ، والخصومة ، والصلح عن مال بمال (الزرقا : ص١٣٦)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص١٣٣ - ١٣٩ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص٤٨ - ٤٩ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي ص٣٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٩ ، درر الحكام ، ٣٠ / ١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧٧ ، المجموع المذهب . ٤٤٨ / ٢ .

٢ - إذا تعذرت الحقيقة يُصار إلى المجاز (م/ ٦١)

التوضيح :

إن المجاز خلف عن الحقيقة ، فإذا تعذرت الحقيقة ، أو تعسرت ، أو هجرت ، يصار إلى المجاز ، لأنه عندئذ يتعين طريقاً لإعمال الكلام واجتناب إهماله .

التطبيقات :

١ - إن تعذر الحقيقة يكون لعدم إمكانها أصلاً ، لعدم وجود فرع لها في الخارج ، كما لو وقف على أولاده ، وليس له إلا أحفاد ، انصرف الوقف إليهم ، لتعذر الحقيقة ، ولأن الحفدة يُسمَّون أولاداً مجازاً (الزرقا : ص ٣١٧ ، الدعاس : ص ٥٠) .

٢ - وإن تعذرت الحقيقة يكون لعدم إمكانها شرعاً ، كالوكالة بالخصومة ، فإن الخصومة هي التنازع ، وهو محظور شرعاً ، قال تعالى : ﴿ولا تنازعوا﴾ الأنفال/ ٤٦ ، فتحمل على المعنى المجازي لها ، وهو إعطاء الجواب إقراراً وإنكاراً (الزرقا : ص ٣١٧) .

٣ - وإن تعسر الحقيقة يكون بعدم إمكانها إلا بمشقة ، كما لو حلف : لا يأكل من هذا القدر ، أو من هذه الشجرة ، أو هذا البر ، فإن الحقيقة ، وهي الأكل من عينها ممكنة ، ولكن بمشقة فيصار إلى

الأكل من ثمرة الشجرة إن كان ، وإلا فمن ثمنها ، أو الأكل مما في
القدر ، أو مما يتخذ من البرّ (الزرقا : ص ٣١٧) .

٤ - وكذا لو حلف ليأكلنّ من هذه الشجرة ، كان المراد من ثمرها ، لا
من عين خشبها ، لتعذر ذلك (الدعاس : ٥٠) .

٥ - وإن هَجَرَ الحقيقة مثل أن يحلف : لا يضع قدمه في هذه الدار ،
فإن الحقيقة ممكنة فيه ، ولكنها مهجورة ، والمراد من ذلك في
العرف : الدخول ، فلو وضع قدمه فيها بدون دخول لا يحنث ،
ولو دخلها راكباً حنث (الزرقا : ص ٣١٧) .

٦ - ومثله لو قال له : أشعل القنديل ، الفئار ، فإنه مصروف إلى الشمعة
فيه عرفاً ، فلو أشعله نفسه فاحترق ، يضمن (الزرقا : ص ٣١٧) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا : ص ٣١٧ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٤٩ - ٥٠ ،
درر الحكام ١/ ٦٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٠ .

٣ - إذا تعذر إعمال الكلام يُهمل (م/٦٢)

التوضيح :

إذا تعذر إعمال الكلام ، بأن كان لا يمكن حمله على معنى حقيقي له ممكن ، لتعذر الحقيقة بوجه من وجوه التعذر ، أو لتزاحم المتنافيين من الحقائق تحتها ولا مرجح ، ولا يمكن حمله على معنى مجازي مستعمل ، أو كان يكذبه الظاهر من حس أو ما في حكمه من نحو العادة فإنه يهمل حيثئذ ، أي يُلغى ولا يعمل به .

وهذه القاعدة قيد على قاعدة «إعمال الكلام أولى من إهماله» (م/٦٠) وقاعدة «إذا تعذرت الحقيقة يُصار إلى المجاز» (م/٦١) ، أي يعمل بالكلام ما أمكن حقيقة أو مجازاً ، فإن تعذر ذلك فإنه يُهمل .

التطبيقات :

١ - مثال لتزاحم المتنافيين كما لو أوصى لمواليه ، أو وقف عليهم ، وكان له موالٍ مُعْتَقُونَ ، وموالٍ مُعْتَقُونَ ، فإن الوصية والوقف لغو (الزرقا : ص ٣١٩) .

٢ - وكذا إذا كفل بالعهد ، فإن الكفالة لا تصح ؛ لأن العهدة اسم مشترك يقع على الصك القديم ، وعلى العقد ، وعلى حقوق العقد ، وعلى الدرك ، وعلى خيار الشرط (الزرقا : ص ٣١٩) .

٣ - وكذا لو كفل ، ولم يعلم أنها كفالة نفس أو مال ، فإنها لا تصح (الزرقا : ص ٣١٩) .

٤ - ومن هذا : ما لو قال لرجل : ادفعوا هذه الدار والثياب لفلان ، ولم يقل : فإنها له ، ولا قال : هي وصية ، قالوا : هذا باطل ، إذ ليس بإقرار ولا وصية (الزرقا : ص ٣١٩) .

٥ - ومثال لتعذر الحقيقة وعدم إمكان الحمل على المعنى المجازي لكونه غير مستعمل ، كما لو قال لمعروف النسب : هذا ابني ، فإنه كما لا يصح إرادة الحقيقة منه لثبوت نسبه من الغير ، لا تصح أيضاً إرادة المجاز ، وهو الإيضاء له بإحلاله محل الابن في أخذ مثل نصيبه من التركة ، لأن ذلك المجاز غير مستعمل ، والحقيقة إذا لم تكن مستعملة لا يصار إليها ، فالمجاز أولى (الزرقا : ص ٣١٩ - ٣٢٠) .

٦ - ومثال لتكذيب الحسن : كدعوى قتل المورث ، وهو حي ، أو قطع العضو ، وهو قائم ، وكدعوى الدخول بالزوجة وهو محبوب (الزرقا : ص ٣٢٠) .

٧ - ومثال لما في حكم الحسن كدعوى البلوغ ممن لا يحتمله سنّه أو جسمه ، وكدعوى صرف المتولي أو الوصي على الوقف أو الصغير مبلغاً لا يحتمله الظاهر ، فإن كل ذلك يلغى ، ولا يعتبر ، ولا يعمل به ، وإن أقيمت عليه البيّنة (الزرقا : ص ٣٢٠) .

٨ - لو أوصى لأولاد خالداً مثلاً بشيء من الأموال ، ثم تبين أنه ليس لخالداً المذكور أولاد ، ولا أولاد أولاد ، فهنا تعذرت الحقيقة

والمجاز ، فلذا يُعَدّ الكلام ملغى ، وتبطل الوصية هذه (الدعاس : ص ٥٤) .

٩ - لو ادعى أحد في حق من هو أكبر منه سناً ، أو معروف النسب من الغير ، أنه ابنه فهو لغو ، لظهور كذبه عقلاً (الدعاس : ص ٥٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣١٩ - ٣٢٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٤ ،
درر الحكام ٦٠ / ١ .

٤ - ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله (م/٦٣)

الألفاظ الأخرى :

ما لا يقبل التبعض فاختيار بعضه كاختيار كله .

التوضيح :

إن ذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشروع كنصفه مثلاً ، كذكر كله ، لأننا إذا لم نقل بذلك ، والموضوع أن المحدث عنه لا يتجزأ ، يلزم إهمال الكلام بالمرة ، والحال أن أعمال الكلام ما أمكن أعماله أولى من إهماله .

التطبيقات :

١ - لو قال لامرأة : تزوجت نصفك ، صح العقد على المفتى به عند الحنفية (الزرقا : ص ٣٢١) .

٢ - لو طلق ثلث امرأته ، أو نصفها ، طلقت كلها ، أو طلقها نصف طلاقة ، أو ربع طلاقة ، وقع عليها طلاقة كاملة رجعية ؛ لأنها مما لا يتجزأ (الزرقا : ص ٣٢١ ، الدعاس : ص ٥١ ، السيوطي ص ١٧٨) .

٣ - لو أضاف كفيل النفس الكفالة إلى جزء شائع من المكفول ، كربع الشخص ، أو نصفه مثلاً ، كان كفياً بالنفس ؛ لعدم التجزئة (الزرقا : ص ٢٣١ ، الدعاس : ص ٩٥١) .

٤ - لو قال وليُّ القتيل : عفوت عن ربع القصاص ، أو خمسه مثلاً ، سقط كله (الزرقا : ص ٣٢١) .

٥ - لو سلم الشفيع حقه عن نصف الشفعة مثلاً سقطت كلها (الزرقا : ص ٣٢١) .

٦ - لو ألزم نفسه بركعة لزمه ركعتان ؛ لأن ذلك لا يتبعض ، فذكر إحداهما كذكر كليهما ، وهذا عند الحنفية ؛ لأن أقل الصلاة عندهم ركعتان ، ويكفي ركعة عند الشافعية كالوتر بواحدة (الدعاس : ص ٥١) .

المستثنى :

١ - إنما قيد ذكر بعض ما لا يتجزأ بأن يكون على وجه الشروع احترازاً عما إذا لم يكن كذلك ، بأن كان على وجه التعيين ، كما لو أضاف الطلاق إلى عضو من أعضاء المرأة ، فإن كان عضواً يعبر به عن كلها كالرأس والرقبة ، وأضافه إليها وقع الطلاق ، تطبيقاً للقاعدة ، فلو لم يضيفه إليها ، بأن قال : الرأس منك ، أو الرقبة منك ، طالق ، أو كان عضواً لا يعبر به عن الكل كالظفر والشعر ، لم يقع فيهما (الزرقا : ص ٣٢١) .

٢ - لو قال رجل لدائن آخر : كفلك به نصفي أو ثلثي مثلاً لم يكن كفيلاً (الزرقا : ص ٣٢٢) .

٣ - لو قال لامرأته : أنت طالق واحدة إن شئت ، فقالت : شئت نصف واحدة ، لم يقع شيء (الزرقا : ص ٣٢٢) .

٤ - الكفالة بالمال ، فلو كفل بجزء من الدين : كنصفه ، أو خمسه ، لم يكن كفيلاً بأكثر ، لأنه مما يتجزأ (الدعاس : ص ٥١) .

٥ - لو أبرأ الدائن مدينه عن جزء فقط من الدين برئ عن ذلك الجزء فقط ، لأنه مما يتجزأ (الدعاس : ص ٥١) .

وسيأتي مزيد من التطبيقات لذلك في القاعدة رقم ١٤٣ عند الشافعية ، وهي ما لا يقبل التبعض فاختيار بعضه كاختيار كله (١) .

ملاحظة: ذكر الكل والجزء:

قد يزيد حكم البعض على الكل في مسائل :

١ - ما لو ختنَ صبياً بإذن وليه ، فقطع حشفته ، فإن مات فعليه نصف الدية ، وإلا فعليه الدية كلها (الزرقا : ص ٣٢٢) .

٢ - لو خرج رأس المولود فقطع إنسان أنفه ، فخرج حياً وعاش ، فعليه الدية ، ولو قطع رأسه والحالة هذه فعليه الغرة ، لأنه لم تثبت حياته إلا بولادته كاملاً ، أو أكثره ، (الزرقا : ص ٣٢٢) .

٣ - لو قطع الإصبعين عيبان فيضمن العيبين ، ولو قطع الأصابع مع الكف عيب واحد يلزمه ضمان عيب واحد (الزرقا : ص ٣٢٢) .

٤ - إذا قال : أنت علي كظهر أمي فإنه ظهار صريح ، ولو قال : أنت علي كأمي فهو ظهار غير صريح ، وهنا زاد البعض على الكل (السيوطي ص ١٧٩ ، ابن نجيم ص ١٨٩) (٢) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٢١ - ٣٢٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٥١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨ ، المنشور للزركشي ١٥٣/٣ ، درر الحكام ٦١/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٩ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ٣٢٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٩ .

٥ - المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة (م/٦٤)

التوضيح :

المطلق : هو ما دلّ على الماهية بلا قيد ، أي الماهية المستحضرة في الذهن بلا قيد وجودها في ضمن الأفراد ، فهو على هذا مرادف لعلم الجنس .

أو هو : ما دل على شائع في جنسه ، أو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول ولا تعيين ، مثل : «أن تذبحوا بقرة» فيصدق على أي بقرة ، فهذا مرادف للنكرة ، وهذا الذي اختاره الكمال ابن الهمام ، وجرى عليه السعد في «حواشي التلويح» وأيده البناني ، بأن الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالماهية باعتبار وجودها في ضمن الأفراد ، لا باعتبار أنها مفهومات كلية وأمور عقلية كما يفيد التعريف الأول .

والمقيد : هو اللفظ الدال على الذات بصفة زائدة ، إما نصاً أي لفظاً ، بأن يكون مقروناً بنحو صفة ، أو حال ، أو إضافة ، أو مفعول ، أو نهي ، أو شرط ، أو استثناء ، وإما دلالة بما يدل عليه ظاهر الحال ، أو العرف والعادة .

ولا فرق بين إطلاق المطلق والنكرة على الفرد الشائع ، إلا أن بينهما عموماً وخصوصاً من وجه ، فيجتمعان في مثل « فتحريز رقبة»

وتنفرد النكرة عن المطلق إذا كانت عامة في سياق نفي أو غيره ، وينفرد المطلق عنها إذا كان مقروناً باللام المراد بها الجنس في ضمن فرد ما من الحقيقة ، فهو نكرة معنى ، معرفة لفظاً نحو «ولقد أمرُ على اللثيم يسبني» .

التطبيقات :

- ١ - لو وكل شخص آخر بشراء فرس ، فاشترها له حمراء ، فقال الموكل : إنما أردت بيضاء ، يلزم بما اشتراه الوكيل ؛ لأن كلامه مطلق ، فيجري على إطلاقه ، (الدعاس : ص ٥٠) .
- ٢ - لو قال له : اشتر فرساً حمراء ، أو ثوباً هروياً ، أو فرساً عربياً ونحو ذلك ، فهذا تقييد للمطلق بالنص صفة ، فيجب الالتزام به (الزرقا : ص ٣٢٣ ، الدعاس : ص ٥٠) .
- ٣ - لو قال شخص لآخر : بع هذا بكذا وكذا قبضاً ، أو إن دخلت البلد راكباً مثلاً فكذا وكذا ، فهذا تقييد للمطلق بالنص حالاً (الزرقا : ص ٣٢٣ ، الدعاس : ص ٥٠) .
- ٤ - لو قال للوكيل : اشتر لي فرس بكر مثلاً ، فلا يصح شراء سواها ، وهذا تقييد للمطلق بالنص إضافة (الزرقا : ص ٣٢٣) .
- ٥ - لو قال شخص لآخر : بعه من فلان ، فلا يبيع غير الفرس المعين ، وهذا تقييد للمطلق بالنص مفعولاً (الزرقا : ص ٣٢٣) .
- ٦ - لو قال شخص لوكيله : لا تبعه في سوق كذا ، فإن باعه في هذا السوق لا يصح ، وهذا تقييد للمطلق بالنص نهياً (الزرقا : ص ٣٢٣) .

٧ - لو قال رجل لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فلا تطلق إلا إذا دخلت ، فإن دخلت الدار وقع الطلاق ، وهذا تقييد للمطلق بالنص شرطاً (الزرقا : ص ٣٢٤) ، فهو طلاق معلق .

٨ - قال شخص : إن شفى الله مريضى صمت يوماً ، فلا يجب عليه الصوم إلا إذا شفى المريض ، وهذا تقييد للمطلق بالنص شرطاً ، فهو نذر معلق (الزرقا : ص ٣٢٤) .

٩ - قال شخص : لك عليّ مائة إلا عشرة ، أو قال : كفلت لك بمائة إلا خمسة مثلاً ، أو قال لزوجته : إن خرجت إلا بإذني فأنت كذا ، وكل استثناء يقع في الأقارير والعقود والتعاليق ، فلا يقع الحكم إلا بعد الاستثناء ، وكل ذلك تقييد لفظي يعمل عمله (الزرقا : ص ٣٢٤) .

١٠ - لو قال شخص فقير ، أو متوسط الحال لآخر : اشتر لي بغلا ، أو بغلة ، أو داراً أو سيارة ، فاشترى له بغلة أو سيارة أو داراً ، تصلح للأمراء أو الأغنياء ، فلا ينفذ هذا الشراء على الموكل ، وإن كان اللفظ مطلقاً ، لأن حالته ودلالة الحال تنبئ أن المراد دار متواضعة ، وسيارة رخيصة ، تتفق مع حاله (الزرقا : ص ٣٢٤ ، الدعاس : ص ٥٠) .

١١ - إذا قدم شخص بلدة ، فقال لغيره : استأجر لي داراً ، فاستأجرها له بعد سنة مثلاً ! فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الأمر ؛ لأن الأمر يتقيد بدار يسدّ بها حاجته القائمة في الحال بالدلالة (الزرقا : ص ٣٢٤) .

١٢ - لو جاءت امرأة بغزلها إلى السوق ، وأمرت رجلاً ببيعه ، فباعه نسيئة ، لم ينفذ عليها ، وذلك لتقييده بالنقد حالاً بدلالة الحاجة (الزرقا : ص ٣٢٤) .

١٣ - لو كلف شخص غيره شراء أضحية ، فاشتراها له بعد انقضاء العيد ، فلا ينفذ الشراء عليه ؛ لأن دلالة الحال تقضي شراء قبل العيد أو في العيد (الدعاس : ص ٥١)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٢٣ - ٣٢٩ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٠ - ٥١ ، درر الحكام ٦٢/١ .

٦ - الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر (م/٦٥)

الألفاظ الأخرى :

الوصف في الحاضر لغو .

التوضيح :

الوصف : هو أن تصف الشيء بصفة تميزه عن غيره ، والصفة : هي الحالة القائمة بذات الموصوف ، واللغو : ذكره وعدمه سيان .

والوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو ، أي ساقط الاعتبار ، لأن المقصود من الوصف التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك ، وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية ، والوصف يقلله ، فإذا وجدت يُلغى معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه .

وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف فالوصف في الحاضر لغو ، إذا وصفه وهو مشار إليه ، ووصفه غائباً معتبر ، فإن لم يكن من جنسه ، فلا عبرة للإشارة ، بل للتسمية والوصف ، والعبرة للجنس مطلقاً حاضراً مشاراً إليه أو غائباً ، وهذا استثناء من القاعدة .

وأما إذا لم توجد الإشارة ، بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط ، فإن الوصف معتبر حينئذ .

التطبيقات :

١ - لو أراد البائع بيع فرس أشهب (أشقر بصفرة) حاضر في المجلس ، وقال في إيجابه : بعتك هذا الفرس الأدهم (الأسود) ، وقبل المشتري ، صح البيع ، ولغا وصف الأدهم ، للقاعدة (الزرقا : ص ٣٣١ ، الدعاس : ص ٥٢) .

٢ - لو حلف لا يدخل هذه الدار ، فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء ، يحنث ، لأن الدار هي العرصة ، والبناء وصف فيها ، ففي حال الإشارة إليها يلغو الوصف لعدم إفادته ، بخلاف ما لو حلف : لا يدخل داراً ، فدخل داراً منهدمة ، فإنه لا يحنث ، لأنها عند عدم الإشارة من قبيل الغائب ، فيعتبر فيها الوصف ، كالأيمان (الزرقا : ص ٣٣٢) .

٣ - لو باع فرساً غائباً ، وذكر أنه أشهب ، والحال أنه أدهم ، لا ينعقد البيع لازماً ، بل موقوفاً على رضا المشتري بالبيع (الزرقا : ص ٣٣١ ، الدعاس : ص ٥٢) .

المستثنى :

١ - إذا باع فصاً حاضراً ، وأشار إليه على أنه ياقوت ، فإذا هو زجاج ، لا ينعقد البيع (م/٢٠٨) ؛ لأن المبيع من غير جنس المشار إليه ، فلا عبرة للإشارة ، بل للتسمية والوصف (الزرقا : ص ٣٣١) .

٢ - لو قال : بعتك هذا الحجر من الألماس بكذا ، وقبل المشتري ، ثم تبين أنه زجاج ، فالبيع باطل ، لظهور أن المشار إليه من جنس

آخر ، فلا عبرة للإشارة حينئذ ، بل للجنس المعتبر ، إذ العقد يتعلق بما سمّاه ، لا بما أشار إليه ، بخلاف الغائب فلا تتأتى فيه الإشارة (الدعاس : ص ٥٢) .

٣ - لو ادعى ثوباً ، وبين طوله كذا ، وبرهن بحضرة الثوب طبق مدعاه ، فذرع الثوب ، فظهر أن ذرعه أنقص مما بين ، أو أزيد ، لا تقبل بينته لظهور كذبها ، لأن الوصف في الإشارة لغو في البيع والأثمان ، لا في الدعوى والشهادة ، ففي الشهادة إذا شهدوا بوصف ، فظهر بخلاف ما شهدوا لا تقبل (الزرقا : ص ٣٣٢) .

٤ - وكذا لو ادعى دابة ، وقال : هذه الدابة التي سنّها أربع سنين ملكي ، وشهدوا كذلك ، فظهر أنها أزيد أو أنقص ، لا تقبل لظهور كذبهم ؛ لأن الشهادة تختل بالكذب (الزرقا : ص ٣٣٢) .

٥ - وكذا لو ادعى دابة ، ووصفها بأنها مشقوقة الأذن ، أو مكوية في المحل الفلاني ، أو لونها كذا ، فظهرت سليمة الأذن ، أو لا كي بها ، أو أن لونها مخالف لما وصف مخالفة واضحة ، وبين اللونين بعد ظاهر ، لا تسمع ، وكذلك الشهود ، لو وقع مثل ذلك في شهادتهم ، ترد (الزرقا : ص ٣٣٣) .

٦ - لو استحضر المدعى به ، فوجده مخالفاً لما وصفه به المدعي ، ولكن لما أحضر قال : أدعي هذا ، ولم يقل : هذا الذي أدعيه ، تسمع ، كما لو ادعى قناً تركياً ، وبين صفاته وطلب إحضاره ، ليبرهن ، فأحضر قناً خالف بعض صفاته بعض ما وصفه ، فقال المدعي : هذا ملكي ، ولم يزد عليه ، فتسمع دعواه ، ويجعل كأنه

ادعاه ابتداءً ، فأما لو قال : هذا هو القن الذي ادّعيته أولاً ، لا تسمع ، للتناقض (الزرقا : ص ٣٣٣) .

٧ - لو حلف أن لا يأكل من هذا البُسْر ، فأكله بعدما صار رطباً لا يحث ؛ لأن صفة البُسْرِيّة داعية إلى اليمين على عدم أكله ، وهذا تقييد قولهم «الوصف في الحاضر لغو» بما إذا لم يكن الوصف المذكور في الكلام هو الباعث على الالتزام ، كاليمين مثلاً (الزرقا : ص ٣٣٣) وهذا استثناء من القاعدة .

٨ - وكذا لو حلف : لا يأكل من هذا الحصرم ، فأكله بعدما صار عنباً ، لأن صفة الحصرمية داعية إلى اليمين على عدم أكله (الزرقا : ص ٣٣٣)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٣١ - ٣٣٣ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٢ ،
درر الحكام ٦٤/١ .

٧ - السؤال مُعاد في الجواب (م/٦٦)

التوضيح :

إذا طرح سؤال مفصل ، وورد الجواب بإحدى الأدوات المجملة ، كنعم ، وبلى ، فيعتبر الجواب مشتملاً على ما في السؤال من تفصيل ، لأن مدلول هذه الأدوات يعتمد على ما قبلها ، ويكون جميع ما ورد في السؤال موجوداً في الجواب ولو لم يكرره .

والفرق بين نعم ، وبلى ، أن الجواب بنعم تصديق لما قبلها إثباتاً ونفيّاً ، فإذا قيل : قام زيد ، فتصديقه نعم ، وتكذيبه : بلى ، فبلى في جواب النفي للإثبات ، كقوله تعالى : ﴿ زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا ، قل : بلى ، وربي لتبعثن ﴾ التغابن / ٧ .

ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه في جواب قوله تعالى : ﴿ أأستبرأ بربكم ؟ قالوا : بلى ﴾ الأعراف / ١٧٢ ، لو قالوا : نعم لكفروا ، أي لأن «نعم» لتصديق الكلام مثبتاً أو منفيّاً ، و«بلى» لإيجاب ما بعد النفي استفهاماً كان أو خبراً .

لكن المعتبر في أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما مقام الآخر ، خصوصاً وأن العامة لا تدرك دقائق العربية .

ومثل السؤال غيره من ألفاظ الإنشاء ، فيكون الجواب شاملاً لما ورد قبله .

التطبيقات :

- ١ - قال تعالى ﴿زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا ، قل : بلى ، وربي لتبعثنَّ ، ثم لتنبؤنَّ بما عملتم ، وذلك على الله يسير﴾ التغابن/ ٧ ، فجاءت «بلى» لإيجاب ما بعد النفي (الدعاس : ص ٥٣) .
- ٢ - قال تعالى : ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت ، بلى وعداً عليه حقاً ، ولكن أكثر الناس لا يعلمون﴾ النحل/ ٣٨ ، فجاءت «بلى» لإيجاب ما بعد النفي أي يبعث الله من يموت ، (الدعاس : ص ٥٣) .
- ٣ - قال الله تعالى : ﴿وقال الذين كفروا : لا تأتينا الساعة ، قل : بلى ، وربي لتأتينكم ، عالم الغيب﴾ سبأ/ ٣ ، فجاءت «بلى» لإيجاب ما بعد النفي أي تأتي (الدعاس : ص ٥٣) .
- ٤ - إذا سئل إنسان : هل لفلان عليك كذا وكذا بسبب كذا ، فأجاب : نعم ، كان مقراً بكل ما ورد في السؤال (الدعاس : ص ٥٣) .
- ٥ - إذا سئل إنسان : أليس له عليك كذا؟ فأجاب : بلى ، كان مقراً بجميع ما ورد في السؤال ، ولو لم يكرره (الدعاس : ص ٥٣) .
- ٦ - لو قيل لآخر : طلقت امرأتك؟ أو هل لفلان عليك كذا؟ إشارة لدين سماه ، أو هل أوصيت بكذا؟ أو هل بعت الشيء الفلاني من فلان؟ أو هل أجرته دارك مثلاً؟ أو هل قتلت فلاناً؟ فقال مجيباً بنعم ، فإنه يكون مقراً بما سئل عنه (الزرقا : ص ٣٣٥) .
- ٧ - ومثل السؤال غيره من ألفاظ الإنشاء ، كما لو قالت له امرأته : أنا طالق ، فقال : نعم ، طلقت ، أو قال آخر : امرأة فلان طالق ، إن

دخل هذه الدار ، أو قال : عليه المشي إلى بيت الله الحرام إن دخل هذه الدار ، فقال فلان : نعم ، كان حالفاً وناذراً ، وكذا لو قال لآخر : اسرج لي دابتي هذه ، أو جصص لي داري هذه ، فقال : نعم ، كان إقراراً منه بالدابة والدار له (الزرقا : ص ٣٣٥) .

٨ - لو قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك ، وقع الطلاق بالألف ، وإن لم يذكر المال في الأصح ؛ لأن السؤال معاد في الجواب (الللحجي : ص ٧٣) .

٩ - لو قال : بعتك بألف ، فقال : اشتريت ، صح بألف في الأصح (الللحجي : ص ٧٣) .

١٠ - لو قيل له على وجه الاستفهام : أطلقت زوجتك؟ فقال : نعم ، كان إقراراً به ، يؤخذ به في الظاهر ، ولو كان كاذباً ، ولو قيل ذلك على وجه التماس الإنشاء ، فاقصر على قوله : نعم ، فقولان ، أحدهما : أنه كناية لا يقع إلا بالنية ، والثاني : صريح ، وهو الأصح ، لأن السؤال معاد في الجواب ، فكأنه قال : طلقتها (الللحجي : ص ٧٣) .

١١ - مسائل الإقرار : فإذا قال : لي عندك كذا؟ فقال : نعم ، أو قال : ليس لي عليك كذا؟ فقال : بلى ، أو قال : أجل في الصورتين ، فهو إقرار بما سأل عنه (الللحجي : ص ٧٣) .

المستثنى :

١ - إذا قال : زَوَّجْتُك بنتي ، فقال : قبلت ، لم يصح ، حتى يقول : قبلت نكاحها أو تزويجها ، لأن السؤال غير معاد في الجواب في

باب النكاح ، وهذا بخلاف ما لو قال : زوجتكها بألف فقال : قبلت نكاحها ، فإنه يصح لكنه بمهر المثل ، قال العلامة الخطيب الشربيني : «وهذه حيلة فيمن لم يزوجه وليها إلا بأكثر من مهر المثل» وهنا يصح النكاح لأنه صرح بقوله : قبلت نكاحها ، ولكن لا تثبت الألف ، لأنه لم يذكرها ، تطبيقاً للاستثناء أن هذه القاعدة لا تنطبق في باب النكاح (اللحجي : ص ٧٣) .

٢ - قال الزركشي : «لهذه القاعدة قيد ، وهو أن لا يقصد بالجواب الابتداء ، ولهذا لو قال المشتري : لم أقصد بقولي «اشتريت» جوابك ، فالظاهر القبول ، أي قبول قول المشتري ، فلا يلزمه الألف ، ولا يصح البيع» (اللحجي : ص ٧٤) .

٣ - قال إمام الحرمين : لو قال : طلقك ، بعد قولها : طلقني بألف ، ثم قالك أردت ابتداء طلاقها قبل منه ، وله الرجعة ، ولها تحليفه على أنه لم يرد جوابها ، قال الخطيب الشربيني : ولو سكت عن التفسير فالظاهر أنه يجعل جواباً (اللحجي : ص ٧٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٣٥ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٢ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٧٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٧ ، المنشور ، للزركشي ٢/ ٢١٤ ، شرح الكوكب المنير ٣/ ١٦٨ ، درر الحكام ١/ ٦٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٧ .

٨ - التأسيس أولى من التأكيد

الألفاظ الأخرى :

التأسيس خير من التأكيد .

التوضيح :

الأصل في الكلام أن يفيد فائدة مستأنفة غير ما أفاده سابقه ، لأن الاستئناف تأسيس ، وإفادة ما أفاده الكلام السابق تأكيد ، والتأسيس أولى من التأكيد ، فإذا دار اللفظ بينهما تعين حمله على التأسيس ؛ لأن فيه حمل الكلام على فائدة جديدة ، وهو خير من حمله على فائدة الأول .

وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة «إعمال الكلام أولى من إهماله» (م/ ٦٠) ، ويراد بالإهمال في القاعدة ما هو أعم من الإلغاء بالمرة ، وإلغاء الفائدة المستأنفة بجعله مؤكداً ، فيكون الإعمال مقدماً على الإلغاء الكامل ، ومقدماً على التأكيد ، ويكون إعمالاً جديداً بالتأسيس لمعنى جديد ، أو حكم زائد .

التطبيقات :

١ - لو أقر بألف في صك ، ولم يبين سببها ، ثم أقر بألف كذلك ، فإنه يطالب بالألفين ليكون الإقرار الثاني تأسيساً وإقراراً جديداً ، وليس تأكيداً للإقرار السابق (الزرقا : ص ٣١٥) .

٢ - لو قال لزوجته المدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، ولم ينو شيئاً من التأسيس أو التأكيد ، فالأصح الحمل على الاستئناف ، ويقع طلقتان (اللحجي : ص ٦٧) .

٣ - لو قال لزوجته المدخول بها : أنت طالق ، طالق ، طالق ، وقع ثلاثاً قضاءً ، فإن ادعى أنه نوى التأكيد ، فإنه يُدَيَّن (بتشديد الياء الثانية ، من التدين أي ترك الأمر إلى نيته في حكم الديانة ، وهو المعروف بالحكم الدياني ، بمقابل الحكم القضائي) وأنه أراد بال تكرار التأكيد لا التأسيس ، أي تعدد الطلقات ، وعندئذ يقع طلاق رجعية فقط ، وله مراجعتها ديانة ، أي فيما بينه وبين الله ، أما في حكم القضاء الذي يبنى على الظاهر فإنه إذا رفع الأمر إلى القاضي فإنه يقضي عليه بوقوع ثلاث طلقات والبيونة الكبرى ، ويحمل اللفظ على التكرار على قصد التأسيس ، عملاً بالظاهر ، لأن الأصل في الكلام إعماله ، بإفادة فائدة جديدة ، وهذا معنى التأسيس (الزرقا : ص ٣١٦) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣١٥ - ٣١٦ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٦٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠ ، درر الحكام ١/ ٥٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٣ .

الاجتهاد لا ينقضى بمثله (م/١٦)

الألفاظ الأخرى :

الاجتهاد لا ينقضى بالاجتهاد .

التوضيح :

إن اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليل قاطع لا ينقض باجتهاد مثله إجماعاً ، أي في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد ، لأنه لو نقض الأول بالثاني لجاز أن ينقض الثاني بثالث ، لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير ، وذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار . فالاجتهاد السابق لا تنقضى أحكامه الماضية بالاجتهاد اللاحق ، فيصح ما فعله بالاجتهاد الأول وتبرأ به ذمته .

فإذا اجتهد مجتهد في حادثة لإيجاد حكم لها ، فأفتى أو قضى ، ثم وقعت حادثة أخرى مثلها فتبدل اجتهاده إلى حكم مخالف ، فلا تنقض فتواه ، أو قضاؤه السابقان ، فلو جاز إبطال العمل في الفتاوى والأحكام الاجتهادية كلما تبدل اجتهاد المجتهد فيها لما استقر حكم في حادثة ، لأن الاجتهاد عرضة للتبدل دائماً بتبدل وجهات النظر في الأدلة .

وهذا في حق الماضي ، فلو كان قضى قاض في حادثة باجتهاده ، ثم تبدل اجتهاده فرفع إليه نظيرها ، فقضى فيها باجتهاده الثاني ، فلا ينقض الأول ، ويكفي أن يُغير الحكم في المستقبل ، لانتفاء الترجيح .

والأصل في هذه القاعدة إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، كما نقله ابن الصباغ ، وأن أبا بكر حكم في مسائل خالفه فيها عمر بن الخطاب ، ولم ينقض حكمه ، وعمر حكم في المشتركة بعدم المشاركة ثم حكم فيها بالمشاركة بخلاف ما قضى في نظيرها قبلاً ، ولم ينقض قضاء الأول ، وقال : «تلك على ما قضينا ، وهذه على ما نقضي» ، وقضى في الجد قضايا مختلفة^(١) .

وعلمته أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول ، فيصح ما فعله بالاجتهاد الأول ، ويغير الحكم في المستقبل ، وإلا فإنه يؤدي إلى أن لا يستقر حكم ، وذلك مشقة شديدة ، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض ، وهلم جراً .

وهذا مبدأ قانوني أيضاً في محاكم النقض والإبرام والتمييز إذا تغير اجتهادها لا يسري ذلك على الأحكام السابقة ، ويسمى في اصطلاحهم «بعدم رجعية القوانين» .

وكذلك لا ينقض اجتهاد مجتهد بمجتهد آخر ، بل كل مجتهد عليه أن يحترم اجتهاد الآخر لعدم المرجح بعد أن يستكمل المجتهد رتبة الاجتهاد في كل منهما .

وكذلك لو كان بين قاضيين ، بأن قضى شافعي مثلاً في حادثة مجتهد فيها بمذهبه ، ثم رفعت لآخر حنفي مثلاً يرى فيها غير ذلك ، لا يجوز له نقض قضاء الأول ، بل يجب عليه تنفيذه ، ويحكم في غيرها بما يراه .

(١) انظر تفصيل ذلك في (أعلام الموقعين لابن القيم ١/ ١١١ ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص ١٩٢) .

وهذا ، أي عدم جواز مخالفة قضاء القاضي السابق ، فيما هو محل النزاع الذي ورد عليه القضاء ، أما فيما هو من توابعه فلا يتقيد بمذهب الأول ، فلو قضى شافعي بالبيع في عقار ، فللقاضي الحنفي أن يقضي فيه بالشفعة للجار ، وإن كان القاضي الأول لا يراها ، وكذلك لو حكم قاض بصحة الوقف لا يكون حكماً بالشروط ، فلو وقع النزاع في شيء من الشروط عند من يخالف فيها ، فله أن يحكم فيها بمذهبه ، لأن ذلك ليس محل النزاع لدى القاضي الأول ، كما لو حكم بالوقف ثم وقع النزاع في رجوع الشرط المتأخر للجملة المتقدمة مثلاً كما هو مذهب الحنفية ، أو للأخيرة كما هو مذهب الشافعي ، فإنه يقضي القاضي الحنفي بمذهبه .

كذلك لو كان مقلد المجتهد في عمل ، فاستفتى فأفتي فيها بمذهب مجتهد آخر يخالف اجتهاد المجتهد الأول ، لا ينقض عمله السابق .

أما في حق المستقبل فلا يتقيد باجتهاده واستفتائه السابق أصلاً .

التطبيقات :

١ - لو تغير اجتهاد المصلي في القبلة عمل بالثاني ، ولو صلى أربع ركعات إلى أربع جهات بالاجتهاد صحت صلاته ولا قضاء عليه (الدعاس : ص ٥٥ ، اللحجي : ص ٥١) .

٢ - لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله وترك الآخر ، ثم تغير ظنه ، لم يعمل بالثاني ، بل يُتمم (اللحجي : ص ٥١) .

٣ - لو ألحق القائف الولد بأحد المتداعيين ، ثم رجع وألحقه بالآخر لم يقبل (اللعجي : ص ٥١) .

٤ - لو حكم الحاكم بشيء ، ثم تغير اجتهداه ، لم ينقض الأول ، وإن كان الثاني أقوى ، غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم فيها إلا بالثاني (اللعجي : ص ٥١) .

٥ - إذا حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها ، فلا ينقض حكمه ، مثل الحكم ببطالان خيار المجلس ، والعرايا ، ومنع القصاص في المثل ، وصحة النكاح بلا ولي ، وثبوت الرضاع بعد حولين ، وصحة نكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، وجريان التوارث بين المسلم والكافر ، وقتل الوالد بالولد ، والحر بالعبد ، فلا ينقض الحكم على ما صححه في أصل «الروضة» في الجميع (اللعجي : ص ٥١ - ٥٢) .

المستثنى :

١ - للإمام الحمى ، وهو منع الرعي في قطعة من الأرض ، ولو أراد من بعده نقضه ، فله ذلك في الأصح ، لأنه قد يرى المصلحة في نقضه . ولو حمى الخلفاء الأربعة فإنه يجوز نقضه ، خلافاً لما في «الروضة» ، وكذا حمى سيدنا عمر رضي الله عنه خلافاً للأذري .

ومنع إمام الحرمين استثناء هذه الصورة ، واعتمده المحققون المتأخرون ، إذ المتبع هو المصلحة فلا نقض . (اللعجي : ص ٥٢) .

٢ - إذا قسم القاسم بين الشركاء قسمة إجبار ، كقسمة المشابهات ، ثم قامت بينة بغلظه ، أو حيفه وظلمه ، انتقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده (اللعجي : ص ٥٢) .

٣ - إذا قوّم المقومون ، ثم اطلع على صفة نقص أو زيادة ككون الدابة حاملاً ، أو كون الزجاجة ليست زجاجة ، بل جوهرة مثلاً ، بطل التقويم الأول^(١) ، قال السيوطي : «لكن هذا يشبه نقض الاجتهاد بالنص لا بالاجتهاد»^(٢) .

٤ - لو أقام الخارج بينة ، وحكم له بها وصارت الدار في يده ، ثم أقام الداخل بينة ، حكم له بها ، ونقض الحكم الأول ، لأنه إنما قضى للخارج لعدم حجة صاحب اليد ، هذا هو الأصح ، عند الرافعي ، قال ابن حجر : لكنه لا يكون من باب نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، لأن الحكم إنما وقع بناء على أن لا معارض ، فإذا ظهر عمل به ، وكأنه استثنى من الحكم .

٥ - إن عدم نقض قضاء القاضي في الماضي ، والعمل بالاجتهاد الجديد في المستقبل ، إنما هو في القاضي المجتهد ، أما القاضي المقلد الذي تقلد القضاء مقيداً بمذهب معين ، فإنه يتقيد به ، فلو حكم في المستقبل بخلافه ينقض حكمه ، وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه ، ولذا لو أخطأ في تطبيق الحادثة على الحكم الشرعي ، ثم ظهر أن النقل الشرعي بخلافه ، فإن حكمه ينقض (الزرقا : ص ١٥٦) .

٦ - القاضي إذا قضى بالجور ثم ظهر له الحق ، فإن كان قضى خطأ ، فإما أن يكون التدارك ممكناً ، أو لا ، فإن أمكن ، كما إذا قضى بمال أو طلاق ، ثم ظهر أن الشهود محدودون في قذف مثلاً ، بطل

(١) إيضاح القواعد الفقهية ص ٥٢ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٦ .

القضاء ، وعادت المرأة إلى زوجها ، ورد المال إلى من أخذ منه ، وإن لم يمكن التدارك كالقصاص إذا نفذ لا يقتل المقضي له بل تجب الدية في ماله .

هذا إذا ظهر خطؤه بالبينة أو بالإقرار من المقضي له ، فلو كان ذلك بإقرار القاضي فلا يظهر أثره في حق المقضي له ، حتى لا يبطل القضاء في حقه .

كل ذلك في حق العبد ، أما في حق المولى سبحانه وتعالى ، كحد الزنى والسرقة والشرب ، إذا نفذ ثم ظهر خطؤه ، فالضمان في بيت المال .

وإن كان القاضي قضى بالجور عمداً ، وأقر به ، فالضمان في ماله في الوجوه كلها ، ويعزر ، ويعزل عن القضاء (الزرقا : ص ١٥٦) .

٧ - ينقض قضاء القاضي إذا خالف نصاً أو إجماعاً ، أو قياساً جلياً ، قال القرافي : أو خالف القواعد الكلية ، وقال ابن حجر : أو كان حكماً لا دليل عليه قطعاً ، قال السبكي : وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص ، وهو حكم لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصاً أو ظاهراً ، كأن وقف على مسجد أرضاً ، فلا يجوز نقل غلتها لمسجد آخر (اللاحجي : ص ٥٢) .

٨ - يجوز مخالفة نص الواقف في حالة الضرورة في مسائل ، منها : إذا فضل من غلة الموقوف على عمارته ، ولم تتوقع العمارة عن قرب ، فإنه يتعين أن يشتري به عقاراً ، ومنها ما لو وقف أرضاً

فتعذرت ، وانحصر النفع في الغرس ، أو البناء ، فعل الناظر أحدهما ، أو أجراها لذلك ، وكذا يجوز مخالفة شرط الواقف المخالف للشرع ، كشرط العزوبة في سكان المدرسة ، فلا يصح ، كما أفتى به البلقيني ، وعلله بأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع من الحض على التزوج (اللحجي : ص ٥٣) .

قال السبكي : وما خالف المذاهب الأربعة فهو كالمخالف للإجماع ، وإنما ينقضه حكم الحاكم لتبين خطئه ، والخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نصاً أو شيئاً مما تقدم ، وقد يكون الخطأ في السبب ، كأن يحكم ببينة مزورة ، ثم يتبين خلافه ، فيكون الخطأ في السبب ، لا في الحكم ، وقد يكون الخطأ في الطريق ، كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها ، وفي هذه الثلاثة ينقض الحكم بمعنى أنا تبينا بطلانه (اللحجي : ص ٥٣) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١٥٥ - ١٥٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٥٥ - ٥٦ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٥١ - ٥٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٣ ، شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوح ٥٠٣/٤ ، درر الحكام ٣٤/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٥ ، المنثور للزركشي ٩٣/١ .

ما جاز لعذر بطل بزواله (م/٢٣)

الألفاظ الأخرى :

ما جاز لعذر بطل عند زواله .

التوضيح :

أي إن الحكم الذي شرع لعذر معين ، فإذا زال العذر امتنع الحكم ؛ لأن جوازه كان بسبب العذر ، فهو خلف عن الأصل المتعذر ، فإذا زال العذر ، وأمكن العمل بالأصل ، لا يعمل بالخلف ، ومعنى البطلان : سقوط اعتباره ، فيصير في حكم العدم .

وهذه القاعدة قريبة من قاعدة «ما أبيض للضرورة يُقدّر بقدرها» أو «الضرورة تقدر بقدرها» (م/٢٢) ، فهي بقوة التقييد لها ؛ لأن إباحة المحظور للضرورة مقيدة بمدة قيام الضرورة ، أو إنها في قوة التعليل لها .

التطبيقات :

١ - التيمم يبطل بوجود الماء ؛ لأن التيمم جاز لفقد الماء ، فإذا وجد الماء بطل التيمم (الدعاس : ص ٥٨ ، اللحجي : ص ٤٤) وعند الشافعية يبطل التيمم بوجود الماء قبل الدخول في الصلاة ، وعند

الحنفية يبطل التيمم بوجود الماء قبل الدخول في الصلاة ، أو في أثناء الصلاة .

٢ - لبس الحرير حرام على الرجال ، وأجازه رسول الله ﷺ لمن به حكة ، فإن زالت الحكمة بطل الجواز ، وعاد مُحَرَّمًا (الدعاس : ص٥٨) .

٣ - عذر السفر المؤدي إلى إياحة الفطر ، وقصر الصلاة ، وترك الجمعة ، وأعذار الصغر والجنون والعتة ، فإذا زال العذر يرتفع ذلك عن الجميع (الدعاس : ص٥٨) .

٤ - المتوفى عنها زوجها يجوز لها الخروج من بيتها في العدة ، إذا لم يكن لها نفقة ، فإن توافرت النفقة بطل جواز الخروج (الدعاس : ص٥٨) .

٥ - لو وقع حريق في دار المودع عنده ، ولديه أمانات في داره ، فأخرجها وسلمها للجيران ، أو لأجنبي ، بسبب الحريق ، لا يضمن إذا تلفت ، فإذا فرغ من الحريق ، ولم يستردها بعد الحريق ، وهلك منها شيء ، كان مقصراً ويضمن ، إذ يجب عليه الاسترداد ، لأن الإيداع عقد غير لازم ، فكان لدوامه حكم الابتداء (الزرقا : ص١٨٩ ، الدعاس : ص٥٩) .

٦ - لو آلى من زوجته وهو مريض فإن فيئه إليها بالقول ، ولكن إذا مرضت الزوجة ثم برئ ، وبقيت مريضة ، فإن فيئه بالوطء ، لا باللسان ؛ لأن تبدل أسباب الرخصة يمنع من الاحتساب بالرخصة الأولى (الزرقا : ص١٨٩) .

٧ - يجوز تحميل الشهادة للغير بعذر السفر أو المرض ، فإذا زال العذر قبل أداء الفرع للشهادة بطل الجواز (الزرقا : ص ١٨٩ ، اللحجي : ص ٤٤) .

٨ - لو اشترى شيئاً فأجره ، ثم اطلع على عيب قديم فيه فله فسخ الإجارة بعذر الرد بالعيب ، فإذا زال العيب امتنع حق الفسخ (الزرقا : ص ١٨٩) .

٩ - تجوز الشهادة على الشهادة لمرض وسفر ، فإذا زال العذر ، وحضر الأصل عند الحاكم قبل الحكم تبطل (اللحجي : ص ٤٤) .

١٠ - يجوز للمستأجر فسخ الإجارة لعيب حادث ، فهذا عذر لحقه بالفسخ ، فإذا أزال المؤجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ لزوال السبب ، فلم يوجد العيب فيها بعد فسقط الخيار (م/٥١٧) (الزرقا : ص ١٨٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١٨٩ - ١٩٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٨ - ٥٩ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٤٤ ، درر الحكام ٣٩/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٥ .

ما حرم أخذه حرم إعطاؤه (م/٣٤)

الألفاظ الأخرى :

ما حرم على الآخذ أخذه حرم على المعطي إعطاؤه .

التوضيح :

إن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضاً أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه ، سواء أكان على سبيل المنحة ابتداء ، أم على سبيل المقابلة ، كما حرم الآخذ والإعطاء حرم الأمر بالآخذ ، إذ الحرام لا يجوز فعله ، ولا الأمر بفعله ، وذلك لأن الإعطاء تشجيع على أخذ المحرم ، فيكون المعطي شريك الآخذ في الإثم ، ولأن إعطاءه الغير عندئذ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم ، أو الإعانة والتشجيع عليه ، ومن المقرر شرعاً أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة والتشجيع عليه ، لقوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ المائدة/ ٢ .

ويتفرع على هذه القاعدة قواعد أخرى «ما حرم فعله حرم طلبه» (م/ ٣٥) «ما حرم استعماله حرم اتخاذه» .

التطبيقات :

- ١ - كما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه (الزرقا : ص ٢١٥ ، الدعاس : ص ٥٩ ، اللحجي : ص ٨٢) .
- ٢ - وكذلك الرشوة ، ولا تملك بالقبض ، ويجب ردّها ولو كانت بغير طلب المرتشي (الزرقا : ص ٢١٥ ، الدعاس : ص ٥٩ ، اللحجي : ص ٨٢) .
- ٣ - وكذلك : حلوان الكاهن ، وأجرة المغني ، والزامر ، والنائحة ، والواشمة ، ومهر البغي ، والواشدة ، والمتوسطة لعقد النكاح ، والمصلح بين المتخاصمين ، وعسب التيس ، وعلى سائر أموال الفسق ، وأصحاب المعازف ، والقرّاد ، والمسخرة ، والقصاص ولو بمغازي رسول الله ﷺ إذا كان مشروطاً (الزرقا : ص ٢١٥ ، الدعاس : ص ٥٩ ، اللحجي : ص ٨٢) .

المستثنى :

- ١ - ما يدفع للشاعر والهجائين ونحوهم للتخلص من هجوهم وشهرهم عند عدم السلطان الوازع (الزرقا : ص ٢١٦ ، الدعاس : ص ٥٩ ، اللحجي : ص ٨٢) فيجوز البذل ويحرم الأخذ .
- ٢ - ما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان محتاجاً (الزرقا : ص ٢١٦) .
- ٣ - ما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم لتخليص الباقي إذا لم يمكن تخليصه إلا بذلك للضرورة (الزرقا : ص ٢١٦ ، الدعاس : ص ٥٩ ، اللحجي : ص ٨٢) .
- ٤ - ما يدفعه الإنسان لتسوية أمره عند السلطان أو الأمير (الزرقا : ص ٢١٦) .

٥ - الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه ، فيجوز البذل ، ويحرم الأخذ (اللحجي : ص ٨٢) .

٦ - المال لفك المحبوس ، فإذا بذل الشخص لمن يتكلم له عند الأمير في خلاصه مالا حرم الأخذ ، وجاز البذل عند الأكثر ، وقال بعضهم إن الأخذ حلال على أنه جُعالة ، كقول من حبس ظلما لمن يقدر على خلاصه ، وإن تعين عليه على المعتمد إن خلصتني فلك كذا بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً (اللحجي : ص ٨٢) ، ومثله في قول جواز البذل لمن يتحدث له في أمر جائز يقابل بأجرة عند ذي سلطان ، وإن كان المتحدث مترصداً لها ، وعلى هذا القول : إن من يرى عدم جواز الأخذ على شفاعاة واجبة ، وكذا مباحة بشرط عوض إن جعل جزاء لها ، فهو ضعيف (اللحجي : ص ٨٢) .

٧ - إن للقاضي بذل المال على التولية ، ويحرم على السلطان أخذه ، ولذلك قالوا : ولا يؤثر في العدالة وصحة التولية بذل مال على الطلب أي طلب القضاء إن تعين عليه ، أو ندب ، لكن الأخذ ظلم ، فإن لم يتعين ، ولا ندب له ، حرم عليه بذله ابتداءً ، لا دواماً لئلا ينزل . (اللحجي : ص ٨٢ - ٨٣) .

ففي جميع هذه الاستثناءات فإن ما دفع في هذه الوجوه يحرم على الأخذ ، دون المعطي (الزرقا : ص ٢١٦) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٢١٥ - ٢١٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٩ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٨٢ - ٨٣ ، المنشور للزركشي ١٤٠/٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٧ ، درر المحكام ٤٣/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٣ .

ما حرم فعله حرم طلبه (م/٣٥)

الألفاظ الأخرى :

يحرم طلب ما يحرم على المطلوب منه فعله .

التوضيح :

إن ما حرم أخذه حرم الأمر بالأخذ ؛ إذ الحرام لا يجوز ، ولا يجوز الأمر بفعله ، وكذا ما يكره فعله يكره طلبه ؛ لأن السكوت على الحرام أو المكروه ، والتمكين منه ، حرام ومكروه ، ولا شك أن طلبه فوق السكوت عليه والتمكين منه ، فيكون مثله في أصل الحرمة بالأولى ، وإن تفاوتت الحرمتان بالقوة .

وهذه القاعدة قريبة من قاعدة «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه» (م/٣٤) .

التطبيقات :

- ١ - الرشوة يحرم أخذها ، وإعطاؤها ، ويحرم أيضاً طلبها من غيره إذا كانت لإحقاق باطل ، أو إبطال حق (الزرقا : ص ٢١٧ ، الدعاس : ص ٥٩ ، اللحجي : ص ٨٣) .
- ٢ - كذلك شهادة الزور ، واليمين الكاذبة ، والظلم ، وما شاكل ذلك يحرم الفعل ، والتوسط ، والطلب (الدعاس : ص ٥٩) .

٣ - كذلك لا يجوز غش الغير ، ولا خديعته ، ولا خيانتة ، ولا إتلاف ماله ، ولا سرقة ، ولا غصبه ، ولا فعل ما يوجب حداً أو تعزيراً أو إساءة ، ولا يجوز طلب شيء منها أن يفعله الغير (الزرقا : ص ٢١٧) .

المستثنى :

١ - لو ادعى دعوى صادقة ، فأنكر الخصم ، فيجوز طلب تحليفه اليمين ، مع علمه بكذبه فيها ، والعلة في هذا الجواز رجاء نكول المدعى عليه ، فلا يحرم الطلب ، وإن حرم الفعل ، وفي الحقيقة لا استثناء في ذلك ، لأن طلب اليمين لا لذاتها ، وإنما لرجاء ظهور الحق بإقرار الخصم ، أو بنكوله عن اليمين الكاذبة ، لا رجاء الإقدام عليها (الزرقا : ص ٢١٧ ، الدعاس : ص ٦٠ ، اللحجي : ص ٨٣) .

٢ - إذا غصب أحد مال صبي ، ولا بينة لوصيه عليه ، ويعلم الوصي أن الغاصب يحلف كاذباً ، فيجوز للوصي دفع شيء له من مال الصبي لاسترداد المغصوب ، فالحرمة على الآخذ ، لا المعطي والطالب للضرورة (الدعاس : ص ٦٠) .

٣ - الجزية يجوز طلبها من الذمي مع أنه يحرم عليه إعطاؤها ، لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام فأعطائها إياها إنما هو على استمراره على الكفر وهو حرام (اللحجي : ص ٨٣ ، ابن نجيم ص ١٨٣) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢١٧ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٩- ٦٠ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٨٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٧ ، المنشور للزركشي ٣/ ٣٦٨ ، درر الحكام ١/ ٤٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٣ .

**العبارة في العقود للمقاصد والمعاني،
لا للألفاظ والمباني (٣/م)**

الألفاظ الأخرى :

العبارة في التصرفات للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني .
هل العبارة بصيغ العقود أي بألفاظها ، أو بمعانيها؟
الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها .

التوضيح :

العقود جمع عقد ، والمراد أن سائر العقود ، العبارة والعمل لمعانيها المقصودة منها ، وإنَّ تبدل الألفاظ لا يصرفها عن المقاصد التي وضعت لها بالوضع الشرعي .

والمراد من المقاصد والمعاني : ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد ، فتكسبه حكم عقد آخر كانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة ، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة إذا اشترط فيها براءة المدين عن المطالبة ، أو عدم براءته ، وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم ، فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود ، لتصريح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه ، وإن خالفت لغة الشرع وعرفه ، فتتعد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعية لها ، مما يفيد معنى تلك العقود في العرف ، كانعقاد البيع

والشراء بلفظ الأخذ والعطاء (م/ ١٦٩ ، ١٧٢) ، وانعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ «الضمان» في العرف الحاضر .

وتعتبر هذه القاعدة كالجزئي من الكلي من قاعدة «الأمور بمقاصدها» (م/ ٢) ، فتلك عامة ، وهذه خاصة ، وتصلح أن تكون فرعاً منها ، ولفظ «العقود» في القاعدة جرياً على الغالب ، ولا تفيد الحصر ، فتجري القاعدة في غير العقود كالدعاوى وسائر التصرفات كما جاء في اللفظ الآخر .

لكن عند الشافعية اختلاف في القاعدة ، ولذلك وضعوها في صيغة الاستفهام ، واختلف الترجيح في الفروع ، وأن الأصح عندهم أن العبرة بصيغ العقود غالباً ، وفي خلاف الغالب العبرة بمعانيها ، لذلك ستأتي أمثلة الشافعية في الاستثناء من القاعدة^(١) .

التطبيقات :

١ - الهبة إذا اشترط فيها العوض أخذت حكم البيع ، مع تفصيل في ذلك ، فإن قال الواهب : وهبتك هذا الكتاب بكذا درهم مثلاً ، فالهبة بيع ابتداءً وانتهاءً ، فيشترط فيها شروط البيع وأركانها ، وتأخذ حكم البيع ، فيرد الموهوب بالعيب إذا ظهر ، ويثبت خيار الرؤية ، وتأخذ بالشفعة ، ويشترط كون العوض معلوماً (م/ ٨٥٥) .

وإن قال الواهب : وهبتك ، بشرط التعويض ، فتصح ، وتعتبر هبة ابتداءً ، وبيعاً انتهاءً ، فبالنظر لكونها هبة يشترط لصحتها شروط الهبة ، فلا تصح من الصغير ، ولا من وليه ، ولو بعوض ما ، ولا

(١) انظر : المتشور للزركشي ١/ ١٦٩ ، ٢/ ٣٧١ .

تصح في مشاع يحتمل القسمة ، ولا فيما هو متصل بغيره اتصال الأجزاء أو مشغول بغيره ، كما لو وهب الزرع دون الأرض ، أو الأرض دون الزرع ، أو الثمر دون الشجر ، أو الشجر دون الثمر ، لأن ذلك في المشاع ، إلى غير ذلك من شروط الهبة .

وبالنظر إلى كونها بيعاً انتهاء لا يصح الرجوع فيها ، ويجري فيها الرد بالعيب ، وخيار الرؤية ، وتؤخذ بالشفعة ، ويشترط كون العوض معلوماً (م/ ٨٥٥) (الزرقا : ص ٦١ ، الدعاس : ص ١٠) .

٢ - إن هبة المنفعة بشرط العوض إجارة (الزرقا : ص ٦١) .

٣ - تعتبر الهبة إقالة ، كما إذا وهب المشتري المبيع المنقول من البائع قبل قبضه منه ، فإذا قبل البائع الهبة كانت إقالة ، ويسترد المشتري منه الثمن ، لأن تصرف المشتري في المنقول قبل قبضه من البائع لا يجوز ، فلا يمكن تصحيح الهبة ، بل تعتبر مجازاً عن الإقالة ، وكما لو وهب رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه ، وقبل الهبة ، كانت الهبة إقالة ، لأن تصرف رب السلم في المسلم فيه قبل قبضه لا يصح ، فكان مجازاً عن الإقالة (الزرقا : ص ٦٢) .

٤ - يكون الشراء هبة ، فإن اشترت الأم لطفلها على أن لا ترجع عليه بالثمن جاز ، وهو كالهبة استحساناً ، وتكون الأم مشتريه لنفسها ثم يصير هبة منها لولدها الصغير وصلة ، وليس لها أن تمنع المشتري عن ولدها الصغير (الزرقا : ص ٦٢) .

٥ - تكون العارية إجارة ، كما لو قال : أعرتك هذه الدار كل شهر بكذا ، ويترتب عليها أحكام الإجارة (الدعاس : ص ١٠ ، الزرقا : ص ٦٣) .

٦ - تكون العارية بيعاً ، كما لو قال : أعطيتك الدار بكذا ، فهي بيع ، ويترتب عليها أحكام البيع (الدعاس : ص ١٠) .

٧ - تكون الكفالة حوالة ، لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، فإذا اشترط فيها براءة المديون عن المطالبة ، فتعتبر حوالة ، ويشترط فيها حينئذ ما يشترط في الحوالة ، ولا يطالب الدائن إلا الكفيل فقط ، ولا يرجع على المكفول عنه إلا إذا تَوَي المال ، أي هلك عند الكفيل ، وذلك بأن يجحد الكفالة مع عجز الدائن عن إثباتها ، ويحلف عند تكليف الحاكم له اليمين ، أو يموت الكفيل مفلساً ، أو يفلسه الحاكم ، فحينئذ يرجع الدائن على المدين المكفول (الزرقا : ص ٦٠ ، الدعاس : ص ١٠) .

٨ - تكون الحوالة كفالة ؛ لأن الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فإذا اشترط فيها عدم البراءة للمحيل عن المطالبة تعتبر كفالة ، فيشترط فيها ما يشترط في الكفالة ، ويُطالب المحال كلاً من المحيل والمحال عليه (م/ ١٤٨ ، ١٤٩) وكذا إذا ادعى كفالة ، وأقام شاهدين ، شهد أحدهما بالكفالة ، وشهد الآخر بالحوالة ، فتقبل الدعوى ، وتثبت الكفالة ، لأنها أقل ، وجُعِل اللفظان كلفظ واحد (الزرقا : ص ٦١ ، الدعاس : ص ١٠) .

٩ - تعتبر القسمة هبة ، كما لو أمر أولاده أن يقتسموا أرضه الفلانية بينهم ، وأراد به التملك ، فاقتسموها وتراضوا على هذه القسمة ، فيثبت لهم الملك ، ولا حاجة أن يقول لهم جملة : ملكتكم هذه الأراضي ، ولا أن يقول لكل منهم ملكتك هذا النصيب المفرز ،

وكما لو اقتسم الورثة التركة ذكوراً وإناثاً على السوية صح بطريق الهبة ، لا الإرث (الزرقا : ص ٦٢) .

١٠ - المضاربة تعتبر قرضاً إذا شرط فيها أن يكون كل الربح للمضارب ، ، فإذا تلف المال في يد المضارب يكون مضموناً عليه ، وإذا شرط فيها أن يكون كل الربح لرب المال تعتبر بضاعة ، وهي أن يكون المال وربحه لواحد ، والعمل من الآخر ، ويكون المال حينئذ في يد القابض أمانة (الزرقا : ص ٦٢) .

١١ - يعتبر الصلح بأقرب العقود عليه بحسب الشروط والاتفاق ، فإن كان المدعى عليه مقراً ، ووقع الصلح عن مال بمال يدفعه المدعى عليه فيعتبر الصلح بيعاً ، فيجري في المدعى به الرد بالعيب ، ويؤخذ بالشفعة إن كان عقاراً ، وإن وقع الصلح عن مال بمنفعة يعتبر إجارة ، وإن كان الصلح عن دعوى النكاح يعتبر خلعاً فتجري عليه أحكام الخلع .

وإن كان المدعى عليه منكراً ، ثم تصالحا على بدل يدفعه المدعى عليه يكون ذلك في حقه صلحاً محضاً لقطع المنازعة ، فلا يمكنه بعد عقد الصلح أن يرد المدعى به ، أي المصالح عنه ، بالعيب ، ولا يؤخذ بالشفعة لو كان عقاراً ، ويكون الصلح في حق المدعى عليه المنكر ، وهو الذي قبض بدل الصلح ، بيعاً ، وسواء رجع عن إنكاره وصدق المدعي ، أو لم يرجع ، ولكن برهن المدعي على دعواه ، وتترتب عليه أحكام البيع من الرد بخيار الرؤية والعيب والأخذ بالشفعة لو كان البدل عقاراً ، وتطبق الأحكام بينهما كل بحسب زعمه ، وبالنسبة للأجانب يعتبر

كل واحد منهما بزعمه في الشفعة . وإن دفع المدعي البدل كان صلحاً محضاً لقطع المنازعة (الزرقا : ص ٦٢ ، ٦٦) .

١٢ - العارية والقرض : تعتبر العارية لفظاً قرضاً حقيقة ، كما إذا أعاره ما يجوز قرضه كالنقود والمثلثات ، ويعتبر القرض لفظاً عارية حقيقة في كل ما لا يجوز قرضه كالقيمي ، فيكون عارية ويجب رد عينه ، لكن يملك بالقبض ، ويكون مضموناً كالقرض المحض (الزرقا : ص ٦٣) .

١٣ - الإقالة والبيع : تكون الإقالة بيعاً ، كما لو باع المرهوب له العين الموهوبة من آخر ، ثم تقايل معه البيع ، وعادت العين الموهوبة إلى يده ، فليس للواهب الرجوع في الهبة ، لأن تقايل المرهوب له البيع مع المشتري منه بمنزلة البيع الجديد ، فكأنه اشتراه من مشتريه (الزرقا : ص ٦٣) .

١٤ - تعتبر الشفعة بيعاً ، كما إذا اشترى منقولاً ، فجاء آخر وطلبه بالشفعة ، وظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول ، فدفعه له ، وقبض منه الثمن ، ثم علم أن الشفعة لا تجري في المنقول ، فلا يملك استرداده ، وانعقد بيعاً بالتعاطي (الزرقا : ص ٦٤ ، ٣٥٩) .

١٥ - الإقرار يعتبر بيعاً ، كالإقرار المقرون بالعوض فهو تملك ابتداء ، بأن قال لآخر : أقر لي بهذا ، لشيء في يده ، حتى أعطيك مائة مثلاً ، فأقر كان بيعاً ، حتى لو قال : إلى الحصاد ، لم يجز ، لأن البيع يفسد لتأجيل الثمن إلى أجل مجهول (الزرقا : ص ٦٤) .

١٦ - بيع الوفاء الذي جُوز للضرورة عند الحنفية ، وهو بيع بشرط أن البائع متى ردَّ الثمن يردَّ المشتري إليه المبيع ، فهذا بيع ، ولكنه في حكم الرهن ، لأن ذلك هو مقصود العاقلين في بيع الوفاء ، والدليل على أنه في حكم الرهن أن المشتري لا يستطيع أن يبيع ما اشتراه ، فهو كالمرهون عنده (الدعاس : ص ١٠ ، الزرقا : ٥٦ - ٦٠ ، ٧٦ - ٧٨) .

١٧ - التعليق يعتبر حلفاً ويميناً عند الشافعية في الأصح ، كما لو قال : إذا دخلت الدارَ فأنت طالق ، فهو حلف نظراً للمعنى ، لأنه تعلق به منع ، وفي وجهه ليس بحلف نظراً للفظ ، لكون «إذا» ليست من ألفاظ الحلف ، لما فيه من التوقيت ، بخلاف «إن» (اللحجي : ص ٩٩) .

١٨ - لو وقف على قبيلة غير منحصرة كبنى تميم مثلاً ، وأوصى لهم ، فالأصح الصحة عند الشافعية اعتباراً للمعنى ، ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين ، وفي قول : لا يصح اعتباراً باللفظ ، فإنه تمليك لمجهول (اللحجي : ص ٩٩) .

١٩ - إن المودع عنده إذا طولب برد الوديعة ، فقال : ردَّتها عليك ، فقال المودع : لم تردها ، فالقول قول قابل الوديعة ، مع أنه يدعي خلاف الظاهر بقوله : رددت ، وذلك لأن المقصود هو الضمان ، وهو منكر له ، فكان القول قوله ، لأن الأصل أن يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة ، دون الظاهر (الزرقا : ص ٦٤) .

٢٠ - إن المودّع عنده المأمور بدفع الوديعة لفلان ، إذا قال : دفعتها له ، وقال فلان : ما دفعها إليّ ، فالقول قول المودّع في براءة نفسه ، لا في إيجاب الضمان على فلان بالقبض ، لأنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر (الزرقا : ص ٦٤) .

٢١ - إذا ادعى رجلان نكاح امرأة ميتة ، وأقام كل منهما البينة ، ولم يؤرخا ، أو أرخا تاريخاً متحداً ، فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، وعلى كل منهما نصف المهر ، ويران منها ميراث زوج واحد ، لأن المقصود من دعوى النكاح بعد موتها الإرث ، فكانت الدعوى دعوى مال ، ولا مانع من اشتراكهما في المال (الزرقا : ص ٦٥) .

أما لو كانت حية ، وأقام كل منهما البينة ، ولا مرجح لإحدى البينتين بسبق تاريخ ، أو دخوله بالمرأة ، أو غيره من المرجحات ، فإنه لا يقضى لأحد منهما ، وتسقط البينتان ، لأن المقصود حينئذ نفس النكاح ، ولا تكون فيه الشركة (الزرقا : ص ٦٥ ، ١٤٤) وسبقت المسألة في قاعدة «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح» (م/١٣) ، القاعدة ٨ .

٢٢ - لو ادّعى اثنان عيناً ، كل يدعي أن كلها رهن عنده من فلان بدينه ، وفلان ميت ، وبرهنا ، فإنه يقضى لكل منهما بنصفها رهنا عنده ، سواء كانت في أيديهما أو في يد غيرهما ، لأن دعواهما الرهن ، والراهن ميت ، يكون المقصود منه الاستيفاء من ثمن العين بالبيع ، والشائع يقبله ، بخلاف ما إذا كان الراهن حياً فإن المقصود حينئذ حكم الرهن ، وهو حبس العين ، والشائع لا يقبله (الزرقا : ص ٦٥) .

٢٣ - لو ادعى المتولي دفع الغلة للمستحقين من ذرية الواقف ، وهم ينكرون ، فالقول للمتولي مع أنه يدعي خلاف الظاهر ، لأنه يدعي براءة ذمته ، والأصل براءة الذمة (الزرقا : ص ٦٥) .

٢٤ - لو قال الوكيل بالبيع بعد علمه بالعزل ، والمبيع مستهلك : بعث وسلمت قبل العزل ، وقال الموكل : بعد العزل ، فالقول قول الوكيل مع أنه يدعي خلاف الظاهر بإضافة الحادث إلى أبعد أوقاته ، لأن المقصود من الدعوى بعد هلاك العين تضمينه ، وهو ينكر سبب الضمان (الزرقا : ص ٦٥) .

٢٥ - سائر مستثنيات القاعدة الفقهية «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» (م/ ١١) تعتبر فرعاً لقاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني» (م/ ٣) ، لاعتبار المقصود من الدعوى فيها ، دون اللفظ والمبنى (الزرقا : ص ٦٥ ، ١٢٨ - ١٣١) .

المستثنى :

١ - البيع بلا ثمن باطل ، ولا ينعقد هبة ، بلا خلاف عند الحنفية (الزرقا : ص ٧٦) .

٢ - الإجارة بلا بدل لا تنعقد عارية في الأصح عند الحنفية إلا على قول عندهم (الزرقا : ص ٧٦) .

ووجه عدم الانعقاد في الفرعين السابقين أن الأمر فيهما دار بين عقد محظور ، وهو البيع بلا ثمن ، والإجارة بلا بدل ، وكلاهما

فاسد ، وهو محظور ، وبين عقد مباح ، وهو الهبة والعارية ، فغلب الحظر ، بخلاف التطبيقات السابقة على القاعدة ، فإن الأمر دار في جميعها بين أمرين مباحين ، فاعتبر فيهما المقصد والمعنى (الزرقا : ص ٧٦) .

٣ - إذا قال : استأجرتك لتتعهد نخلي بكذا من ثمرها ، فالأصح أنه إجارة فاسدة عند الشافعية ، نظراً إلى اللفظ ، وعدم وجود شرط الإجارة ، وفي قول يصح مساقاة نظراً للمعنى (اللحجي : ص ٩٨) .

٤ - لو تعاقدنا في الإجارة بلفظ المساقاة ، فقال : ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة ، فالأصح أنه مساقاة فاسدة نظراً للفظ عند الشافعية ، ولعدم وجود شرط المساقاة ، إذ من شرطها أن لا تكون بدراهم ، وفي قول ثان تصح إجارة نظراً إلى المعنى (اللحجي : ص ٩٨) .

٥ - لو عقد الإجارة بلفظ البيع ، فقال : بعتك منفعة هذه الدار شهراً ، فالأصح أنه لا ينعقد ، نظراً إلى اللفظ عند الشافعية ، وقيل : ينعقد نظراً إلى المعنى (اللحجي : ص ٩٨) .

٦ - إذا قال : قارضتك على أن كل الربح لك ، فالأصح عند الشافعية أنه قراض فاسد رعاية للفظ ، وفي قول : قراض صحيح رعاية للمعنى (اللحجي : ص ٩٨) .

٧ - البيع من البائع قبل القبض لا يصح في الأصح عند الشافعية نظراً إلى اللفظ ، وقيل : يكون فسخاً اعتباراً بالمعنى (اللحجي : ص ٩٨) .

٨ - إذا قال : وهبتك هذا بكذا ، فالأرجح أنه هبة نظراً للفظ عند الشافعية ، وقيل : هو بيع نظراً للمعنى (اللعبي : ص ٩٩) .

٩ - قد يعتبر المقصد والمعنى في بعض العقود ، ويحصل من اعتبارهما فيه فائدة من غير أن يكتسب العقد صفة عقد آخر ، كما إذا أعطى الغاصب المغصوب منه رهناً بعين المغصوب ، ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب ، فإن الرهن يكون حينئذ ببدلها من مثل أو قيمة ، وكما إذا أعطى المسلم إليه لرب السلم رهناً بعين المسلم فيه ، ثم انفسخ عقد السلم بوجه ما ، فإن الرهن يصير رهناً برأس المال الذي قبضه المسلم إليه ، ولو هلك الرهن ، والحالة هذه ، في يد رب السلم يهلك بالمسلم فيه ، فعلى رب السلم رد مثل المسلم فيه ، وأخذ رأس ماله ، وما ذاك إلا لأن المقصد من هذا الرهن توثق المغصوب منه ورب السلم لسلامة حقهما وأمنه مما يلحقه من الضرر بهذا الغصب وعقد السلم (الزرقا : ص ٩٧١) .

١٠ - إن اعتبار المقاصد والمعاني في العقود مقيد بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يمنع اعتبار المقصد والمعنى ، ويصرفه إلى جهة أخرى ، فلو عارضه تعتبر تلك الجهة وإن قصد غيرها ، كالمشتري شراء فاسداً لو ردّ المبيع على بائعه انفسخ البيع السابق على أي وجه كان ردّه ، سواء كان ببيع جديد ، أو بهبة أو صدقه ، أو عارية ، أو وديعة ، لأن فسخ البيع الفاسد وردّ المبيع واجب شرعاً ، فعلى أي وجه ردّه يقع عن الواجب ، ويبرأ عن ضمانه ، فقد ألغي القصد في هذه التصرفات ، واعتبر تسليم

المبيع للبائع ردأ بحكم الفسخ للعقد الفاسد السابق (الزرقا : ص ٧٣) .

ومثل ذلك لو كان المهر ديناً في ذمة الزوج كالدرهم والدنانير ، فوهبته الزوجة كله أو نصفه قبل أن تقبضه منه ، أو كان المهر عرضاً معيناً ، فوهبته منه ، ولو بعد قبضها له ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، فإنه لا يرجع عليها بشيء ، ويجعل ما وصل إليه بالهبة واصلاً إليه بحكم استحقاق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، وغاية الأمر أنه اختلف سبب وصوله إليه ، ولا يبالى باختلاف الأسباب بعد سلامة القصد (الزرقا : ص ٧٣) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ٥٥ - ٧٨ ، القواعد الفقهية ، للدعاس ص ١٠ ، إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٩٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٣ ، درر الحكام ٢١ / ١ ، المنشور للزركشي ١ / ١٦٩ ، ٢ / ٣٧١ .

من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه (م/٩٩)

الألفاظ الأخرى :

من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه .
 من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه .
 من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

التوضيح :

إن الذي يستعجل الشيء الذي وضع له سبب عام مطرد ، وطلب الحصول عليه قبل أوانه ، أي وقت حلول سببه العام ، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع ، بل عدل عنه ، وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان ، فإنه يعاقب بحرمانه ، ويحرم من النفع الذي يأتي منه عقاباً له ، لأنه افتأت وتجاوز ، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحظور .

وهذه القاعدة كثيرة الفروع والمسائل في المذهب الحنفي ، وقليلة الفروع عند الشافعية حتى قالوا : إن الصورة الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها ، بل في الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل من الميراث ، ولذلك زاد بعض الشافعية في القاعدة لفظاً لا يحتاج معه إلى

الاستثناء ، فقالوا : «من استعجل شيئاً قبل أوانه ، ولم تكن المصلحة في ثبوته ، عوقب بحرمانه» .

وهذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع .

التطبيقات :

- ١ - لو قتل إنسان مورثه ، فيحرم القاتل من الميراث (الزرقا : ص ٤٧٢ ، الدعاس : ص ٦٠ ، اللحجي : ص ٨٥) .
- ٢ - لو قتل الموصى له الموصي يحرم من الوصية عند الحنفية (الزرقا : ص ٤٧٢ ، الدعاس : ص ٦٠) .
- ٣ - لو طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً بلا رضاها ، وهو في مرض موته ، ثم مات وهي في العدة ، فإنها ترثه في الاجتهاد الحنفي ، لدلالة مرض الموت على أن قصده حرمانها من الإرث ، فيرد قصده عليه ، وهذا يسمى : طلاق الفرار ، أو طلاق الفارّ ، رداً لعمله ، فإن السبب العام الذي يمنع أحد الزوجين ، لا على التعيين ، من إرثه من الآخر هو تقدّم موته ، وهذا يحتمل وقوعه عليه أو عليها ، فلما أراد الزوج التنصل من هذا السبب الموضوع بوجه عام ، والخروج من دائرة احتمال وقوعه عليه دونها ، وعمل على حصر عدم الإرث من جانبها بهذا السبب الخاص المحذور استعماله لمثل هذا المقصد السيئ ، عوقب برد عمله عليه ، وحرمانه ثمرته بتوريثها منه (الزرقا : ص ٤٧٢ ، الدعاس : ص ٦٠) .
- ٤ - نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أفتى في المرأة التي يطلقها زوجها ، فتتزوج غيره قبل انقضاء عدتها بأنها تحرم على هذا الزوج الثاني إن دخل بها حرمة مؤبدة ، معاملة لها بنقيض

مقصودها ، بمقتضى السياسة الشرعية في المصالح المرسلة
(الدعاس : ص ٦٠) .

٥ - لو جاءت الفرقة من قبل الزوجة بسبب ردتها ، فليس لها أن تتزوج
بعد توبتها بغير زوجها ، وبه يفتى ، وتجبر على تجديد العقد على
زوجها بمهر يسير ، وعليه الفتوى ، وذلك لرد عملها عليها ، فإن
السبب الموضوع لحل عقدة النكاح بالوجه العام منوط بالزوج
الذي هو قَوَّامٌ عليها ، والذي هو أخرى أن يكون مظنة استعمال
الروية والحكمة وتوخي الصواب فيه ، فلما استحصلت على حلِّ
هذه العقدة بهذا السبب الخاص المحذور ، وهو المروق من
الدين ، عوقبت برد عملها هذا عليها بحرمانها ثمرته الخبيثة بما
ذكرنا ، حتى إن بعض مشايخ الحنفية قالوا : بعدم وقوع الفرقة
أصلاً بردتها زجراً لها ، وقال بعضهم : هو أولى ، ثم لو ماتت في
الردة فعلى القول الأول بوقوع الفرقة يرثها الزوج إذا كانت ردتها
في المرض ، وماتت وهي في العدة لكونها فارةً ، فإن الفرار يتحقق
من الزوجة كما يتحقق من الزوج ، وعلى القول الثاني يرثها مطلقاً
بلا قيد (الزرقا : ص ٤٧١) .

المستثنى :

يستثنى من هذه القاعدة ، ويخرج منها مسائل كثيرة عند الشافعية ،
وقليل عند الحنفية منها :

١ - لو قتلت أم الولد سيدها عتقت قطعاً لئلا تختل قاعدة أن أم الولد
تعقت بالموت (الللحجي : ص ٨٥) .

٢ - لو قتل المدبر سيده يعتق كذلك (الللحجي : ص ٨٥) .

- ٣ - لو قتل صاحب الدين المؤجل المدين حل في الأصح (اللحجي : ص ٨٥ ، الزرقا : ص ٤٧٤) .
- ٤ - لو قتل الموصى له الموصي استحق الموصى به في الأصح (اللحجي : ص ٨٥) .
- ٥ - لو أمسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل إرثها ، ورثها في الأصح (اللحجي : ص ٨٥) .
- ٦ - لو أمسك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل الخلع ، نفذ في الأصح (اللحجي : ص ٨٥) .
- ٧ - لو شربت دواء فحاضت لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعاً ، وكذا لو نفست به (اللحجي : ص ٨٥) .
- ٨ - لو رمى نفسه من شاهق ليصلي قاعداً لا يجب القضاء في الأصح (اللحجي : ص ٨٥) .
- ٩ - لو طلق امرأته في مرض موته فراراً من إرثها نفذ الطلاق ، ولا ترث في المذهب الجديد للشافعي لثلا يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب (اللحجي : ص ٨٥) .
- ١٠ - لو باع المال قبل الحول فراراً من الزكاة صح جزماً ، ولم تجب الزكاة لثلا يلزم إيجابها في مال لم يحل عليه الحول في ملكه ، فتختل قاعدة الزكاة (اللحجي : ص ٨٥) .
- ١١ - لو شرب شيئاً ليمرض قبل الفجر ، فأصبح مريضاً ، جاز له الفطر ، أو أفطر بالأكل متعمداً ليجمع فلا كفارة (اللحجي : ص ٨٥) .

١٢ - لو جبَّت ذكر زوجها ثبت لها الخيار في الأصح (اللعجي : ص٨٥) .

١٣ - لو هدم المستأجر الدار المستأجرة ثبت له الخيار (اللعجي : ص٨٥) .

١٤ - لو خلل الخمر بغير طرح شيء فيها كنقلها من الشمس إلى الظل وعكسه طهرت في الأصح (اللعجي : ص٨٥) .

١٥ - لو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول استقر لها المهر في الأصح (اللعجي : ص٨٥) (١) .

قال السيوطي : «الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها» (٢) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص٤٧١ - ٤٧٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص٦٠ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي ص٨٥ - ٨٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٩ ، المنشور للزركشي ٣/ ٢٠٥ ، درر الحكام ١/ ٩٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٨٤ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٠ .

يُغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء (م/٥٥)

الألفاظ الأخرى :

يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء .

التوضيح :

«يغتفر» أي قد يتسامح ويتساهل في «البقاء» أي في خلال الأمر وفي أثنائه ، ما لا يغتفر في الابتداء عند إنشائه ، وذلك لأن «البقاء أسهل من الابتداء» (م/٥٦) .

وبتعبير آخر : ما لا يجوز في الابتداء يجوز بقاءً ، أو ما لا يثبت قصداً وبالذات ، يجوز ثبوته ضمناً وتبعاً ، لأن وجود الشيء ابتداء لا يخلو من شروط ، وربما لا تبقى إلى الانتهاء لانعدامها ، أو عرض ما ينافيها .

ولذلك كان الاستصحاب يكفي حجة للدفع ، لا للاستحقاق ، لأن الدفع عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه ، والاستحقاق : نزع وابتداء ، ورفع الأول أسهل ، فاكتفى فيه بالاستصحاب حجةً ، بخلاف الثاني فإنه أهم ، فلا بد فيه من البينة ، فقد قال أبو يوسف رحمه الله في كتاب «الخراج» : «لا ينزع الشيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف» .

وهذه القاعدة فرع لقاعدة «البقاء أسهل من الابتداء» (م/٥٦) ، وتنطبق الأمثلة فيهما على كل منهما ، وهذه القاعدة عكس قاعدة «يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام» .

التطبيقات :

١ - لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة فإنه لا يصح ، ولكن إذا وهب عيناً بتمامها ثم استحق جزء شائع منها ، أو رجع الواهب في جزء منها شائع ، لا تفسد الهبة في الباقي ، وإن كان شائعاً يقبل القسمة (الزرقا : ص ٢٩٣) .

ويرى بعض الحنفية أن الشيوخ بالاستحقاق شيوع طارئ ، ولذا لا يؤثر ، ويرى آخرون أنه شيوع مقارن يفسد الهبة ، فالظاهر أن في المسألة روايتين (الزرقا : ص ٢٩٥) .

٢ - لو أجر مشاعاً فإنه لا يصح ، سواء كان يقبل القسمة أو لا ، ولكن لو طراً الشيوع بعد العقد بأن أجر عقاراً بتمامه ، ثم استحق جزء منه شائع ، أو تفاسخ العاقدان الإجارة في بعض شائع منه تبقى الإجارة في الباقي ، وإن كان شائعاً (الزرقا : ص ٢٩٣) .

٣ - إن الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل بدون إذن موكله أو تفويضه ، ولكن إذا باع فضولي عنه فبلغه فأجاز جاز ، مع أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ولا يرد الوكيل بالشراء حيث لا تصح إجازته لشراء الفضولي ؛ لأن الشراء لا يتوقف ، فإنه إذا لم يجد نفاذاً على المعقود له نفذ على العاقد ، وبعد نفاذه على العاقد ، وهو هنا الفضولي ، ملكه ، فلا ينتقل ملكه بإجازة الوكيل (الزرقا : ص ٢٩٤) .

٤ - لو اعترفت المرأة بالعدة ، فإنها تمنع عن الزوج ، أما لو تزوجت ثم ادعت العدة فإنه لا يلتفت إليها ، ويكون القول قول الزوج (الزرقا : ص ٢٩٤) .

٥ - لو طرأت العدة على المرأة بعد النكاح ، كما لو وطئت بشبهة ، لا يبطل نكاحها ، بخلاف ما لو عقد عليها وهي معتدة فإن النكاح لا يصح (الزرقا : ص ٢٩٤) .

٦ - لو أبق العبد بعد البيع ، فإن البيع لا يفسد ، بخلاف ما لو باعه وهو أبق ، فإن العقد حيثئذ غير صحيح (الزرقا : ص ٢٩٤) .

٧ - لو اشترى داراً بخيار له ، فدام على السكنى فيها لا يبطل خياره ، ولو ابتدأ السكنى فيها بطل خياره (الزرقا : ص ٢٩٤) .

٨ - إن البيع بالحصة ابتداء لا يصح ، أما بعد تمام العقد ، فإنه يصح (الزرقا : ص ٢٩٤) .

٩ - لو عقد البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول جهالة يسيرة كالحصاد والدياس لا يصح ، ولو عقد خالياً عن الأجل ، ثم أجله بعد العقد إلى الحصاد أو الدياس يصح (الزرقا : ص ٢٩٤) .

١٠ - إن الزوجة لا تملك حط المهر عن الزوج في ابتداء العقد ، فلو عقدت معه النكاح على أن لا مهر لها لم يصح الحط ، ووجب مهر المثل ، ولو حطت المهر عن الزوج بعد العقد صح حطها ، ويرى الزوج عن المهر (الزرقا : ص ٢٩٤) .

١١ - ما لو عقد المتبايعان البيع ابتداء بلا ثمن فسد البيع ، ولو تعاقدوا بثمن ، ثم حط البائع عن المشتري صح حطه ، ولا يفسد البيع (الزرقا : ص ٢٩٤) .

المستثنى :

يستثنى من هذه القاعدة مسائل اغتفر فيها في الابتداء ما لم يغتفر في البقاء ، ولذلك جاء في التوضيح «قد يغتفر» إشارة إلى أن هذه القاعدة ليست مطردة ، فالاستثناء تجوز .

١ - إن الشيوخ الطارئ في الرهن يفسده كالمقارن ، ولم يغتفروا فيه في البقاء كما اغتفروا في الهبة والإجارة (الزرقا : ص ٢٩٥) .

٢ - لو فوّض طلاق امرأته لعاقل ، فجن ، فطلق ، لم يقع ، ولو فوّض إليه مجنوناً فطلق وقع (الزرقا : ص ٢٩٥) .

٣ - لو وكل عاقلاً في البيع ، فجنّ جنوناً يعقل معه البيع والشراء ، فباع ، لم ينفذ ، ولو وكله ، وهو بهذه الحالة من الجنون ، فباع نفذ (الزرقا : ص ٢٩٥) .

٤ - لو ولي السلطان قاضياً عدلاً ففسق ، انعزل على قول ، ولو ولاه فاسقاً صح (الزرقا : ص ٢٩٥) .

٥ - لو أذن لعبده في التجارة فأبى ، انحجر ، ولو أذن له ، وهو أبى ، صح (الزرقا : ص ٢٩٥) .

٦ - لو ارتد المسلم فإن وقفه الذي وقفه حال إسلامه يبطل ، وأما لو وقف المرتد عقاره ابتداء في حال رده ، فإن كان امرأة صح وقفها ، لأنها لا تقتل بالردة ، وإن كان رجلاً يتوقف وقفه ، فإن عاد مسلماً صح ، وإن قتل أو مات بطل (الزرقا : ص ٢٩٦) .

٧ - لو وقف على ولده ، وليس له ولد ، وله ولد ولد ، صرف إلى ولد ولده ، ولو كان له ولد وقت الوقف ثم مات ، يصرف إلى الفقراء

لا إلى ولد الولد . فاعتفر في هذا الفرع في الابتداء فصرف إلى ولد الولد عند عدم الولد ، ما لم يعتفر في البقاء ، إذ لم يصرف إلى ولد الولد عند موت الولد (الزرقا : ص ٢٩٦) .

٨ - إن تطبيقات قاعدة «يعتفر في الابتداء ما لا يعتفر في الدوام» هي مستثنيات لهذه القاعدة (الحجي : ص ١١٦) وستأتي إن شاء الله تعالى^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٩٣ - ٢٩٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٦٢ ، إيضاح القواعد الفقهية ، الحجي ص ١١٦ ، المنشور للزركشي ٣/ ٣٧٤ ، درر الحكام ١/ ٥٦ ، الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ص ٩٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ .

التابع تابع (م/٤٧)

الألفاظ الأخرى :

التابع ينسحب عليه حكم المتبوع ..

التوضيح :

إن الشيء التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم ، فيسري عليه ما يسري على متبوعه ، ولا ينفرد في الحكم ، بل يدخل في الحكم مع متبوعه .

والتابع هو ما كان جزءاً من غيره ، ويضره التبعض ، كالجلد من الحيوان ، أو كالجزء في الاتصال الخلقي كالجنين ، والعضو من الحيوان ، والفصّ للخاتم ، أو كان وصفاً فيه ، كالشجر والبناء القائمين في الأرض ، أو كان من ضروراته ، كالطريق للدار ، وكالعجول للبقر الحلوب ، والمفتاح للقفل ، وكالجفن والحماثل للسيف .

فالشيء الذي جعل تابعاً لشيء آخر لابد أن يكون تابعاً له في الحكم ، وقال بعض الشافعية : «والذي يظهر أن التعبير بأن : «التابع ينسحب عليه حكم المتبوع» أولى من «التابع تابع» لما لا يخفى على الفطن أن في قوله «التابع تابع» إخبار عن الشيء بنفسه» .

ويدخل في هذه القاعدة عدة قواعد تنطبق أمثلتها وتطبيقاتها عليها ،
وسنذكر بعضها ، بعد التطبيقات ، وهي ثمانية قواعد .

التطبيقات :

- ١ - لو أقر شخص بخاتم ، دخل فصُّه في الإقرار (الزرقا : ص ٢٥٣) .
- ٢ - لو أقر شخص بسيف ، دخل جفنه وحمائله فيه (الزرقا : ص ٢٥٣) .
- ٣ - لو بيعت أمة في بطنها جنين يدخل الجنين في بيع الأم تبعاً ، ولو لم ينص عليه (الزرقا : ص ٢٥٣ ، الدعاس : ص ٦٢) .
- ٤ - إذا بيعت الدابة ، وفي بطنها حمل ، يدخل في البيع تبعاً لأمه ، ولا يجوز إفراده في البيع (الدعاس : ص ٦٣) .
- ٥ - كل ما كان من ضروريات الشيء كالمفتاح للقفل فلا يفرد عن متبوعه ، بل يدخل تابعاً له في المبيع بلا ذكر (الزرقا : ص ٢٥٣ ، الدعاس : ص ٦٣) .
- ٦ - إذا بيعت شاة ، دخل الصوف في البيع ، ودخل اللبن في الضرع (الدعاس : ص ٦٣) .
- ٧ - إذا ضرب بطن امرأة فماتت ، ثم بعد موتها ألفت جنيئاً ميتاً ، فعلى الضارب دية الأم ، ولا غرة في الجنين ، فقد اعتبرت غرته داخلة في دية الأم ، لكونه تبعاً لها (الزرقا : ص ٢٥٣) .
- ٨ - إذا بيعت الأرض ، دخل الطريق في السكة غير النافذة الموصلة للطريق العام ، في بيع الأرض ، تبعاً وإن لم ينص عليه ، بخلاف الطريق إذا كان في ملك الغير فإنه لا يدخل بلا تنصيص عليه أو

على الحقوق والمرافق عند الحنفية (الزرقا : ص ٢٥٣) وتدخل الحقوق والمرافق عند الشافعية تبعاً .

٩ - لو بيعت الأرض ، دخل البناء في البيع تبعاً (الزرقا : ص ٢٥٣) .

١٠ - إذا بيعت الأرض ، تدخل الأشجار التي غرست للقرار ، ثمرة كانت أو من غير ذات الثمر ، صغيرة أو كبيرة ، أما المثمرة فلا كلام في دخولها ، وأما التي لا تثمر فتدخل في الأصح بلا تفصيل بين الصغيرة والكبيرة (الزرقا : ص ٢٥٤) .

وأما الأشجار التي غرست لا للقرار ، بل لتقطع بعد كبرها ، كالحوار ونحوه ، فقد وقع فيها اضطراب ، والأرجح أنها إذا كانت تقطع في كل ثلاث سنين ، وكانت تقطع مع الأصل ، فتدخل في البيع تبعاً ، ولو كانت تقطع من وجه الأرض فلا تدخل ، لأنها بمنزلة الثمرة ، وكذلك تدخل في الوقف إذا كانت تقطع بعد عامين أو أكثر فإنها تدخل تبعاً ، والمراد من «ثلاث سنين» استكمال سنتين ودخولها في الثالثة (الزرقا : ص ٢٥٤) .

١١ - إن ما يدخل مما ذكر في البيع تبعاً يدخل في الرهن تبعاً للأصل ، وتدخل زوائد الرهن بالرهن كالولد والثمرة ، واللبن والصوف ، وتكون رهنا (الزرقا : ص ٢٥٤) .

١٢ - إن زوائد المبيع إذا حدثت قبل القبض تدخل في المبيع وتكون للمشتري (الزرقا : ص ٢٥٤) .

١٣ - إن زوائد المغصوب تكون للمغصوب منه تبعاً لماله (الزرقا : ص ٢٥٥) .

١٤ - لو باع جداراً دخلت أرضه في البيع ، وكذا لو اشترى نخلة دخلت أرضها عند الإمام محمد ، وهو موافق للعرف إذا كان بيع الجدار للقرار ، لا للنقض وأخذ الأبنية ، وخالف أبو يوسف في دخول الأرض في بيع الجدار ، وأنها لا تدخل (الزرقا : ص ٢٥٥) (١) .

ويدخل تحت القاعدة السابقة ثمانية قواعد ، وهي الآتية .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٥٣ - ٢٥٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٢ - ٦٣ إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٥٩ - ٦٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٠ ، المنشور للزركشي ١/ ٢٣٤ وما بعدها ، درر الحكام ١/ ٥٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٣ .

١ - من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته (م/٤٩)

التوضيح :

إن من ملك شيئاً ، سواء كان ملك عين أو تصرف ، ملك ما هو من ضروراته ، والمراد بالضرورة هنا الضرورة العقلية التي تحرك الفكر لإدراك الحكم للشيء بدون ذكر ، لا الضرورة بمعنى الاضطرار .

التطبيقات :

١ - إذا اشترى رجل داراً ملك الطريق الموصل إليها ، بدون تنصيب عليه ، ما لم يكن في ملك خاص (الزرقا : ص ٢٦١ ، الدعاس : ص ٦٣) .

٢ - لو اشترى رحي مبنية دخل المجرى الأعلى ، أو قفلاً دخل مفتاحه ، أو بقرة حلوبة لأجل اللبن ، دخل عَجْوُهَا (الزرقا : ص ٢٦١) .

٣ - من ملك أرضاً استتبع ملكه ملك ما فوقها وما تحتها ، فيحفر الأعماق ، ويبنى فوقها الطباق (الدعاس : ص ٦٣) .

٤ - من اشترى داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق في هذه السكة ، ولو

لم ينص عليها في العقد ، وكل ذلك أمثله على ملك العين
(الدعاس : ص ٦٣) .

- ٥ - ومثال التصرف : لو عرضه الدلال على رب الدكان وتركه عنده
فهرب رب الدكان ، وذهب به ، لم يضمن الدلال على الصحيح ،
لأنه أمر لا بد منه في البيع ، فقد ملك الدلال تركه عند رب
الدكان ، لأنه من ضرورات البيع ، ولا بد منه فيه ، فكان مأموراً به ،
بخلاف ما لو أخذ وكيل الشراء على سوم الشراء ، فهلك في يده ،
وقد بين الثمن ، فإنه يضمن ولا يرجع على موكله إذا لم يكن أمره
بالأخذ على سوم الشراء ، إذ الأمر بالشراء لم يكن أمراً بالقبض
على سوم الشراء (الزرقا : ص ٢٦١) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٦١ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٣ ، درر
الحكام ٥٣ / ١ .

٢ - التابع لا يفرد بالحكم (م/٤٨)

الألفاظ الأخرى :

التابع لا يفرد بالحكم ما لم يَصِرْ مقصوداً .
التابع لا يفرد بالحكم ، لأنه إنما جعل تابعاً .

التوضيح :

المراد من التابع هنا التابع الذي هو من قبيل الجزء ، أو كالجزء من غيره ، كالصوف على الغنم ، لا يصلح أن يكون محلاً للعقود ، بل وجوده تبع لوجود متبوعه ، وكالجنين في بطن الحيوان .

ومن حيث تعلق الأحكام ينزل التابع منزلة المعدوم في عدم جواز إفراده بالحكم ، فلا يصح بيع الجنين في بطن أمه منفرداً ، ولا يجوز بيع عضو من الحيوان ، وهو حي ، ولو أمكن فصله بعد الذبح .

أما إذا صار التابع مقصوداً فإنه يُفرد بالحكم ، وذلك كزوائد المغصوب المنفصلة المتولده فإنها أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها ، أو منعها بعد الطلب ، فإنه يضمنها حينئذ ، لأنها صارت مقصودة .

التطبيقات :

١ - الجنين الذي في بطن أمه لا يباع منفرداً عن أمه ، ولا يرهن ، كما

لا يستثنى من البيع ولا من الرهن ، واستثناؤه من بيع أمه يعتبر شرطاً مفسداً للبيع ، لأن ما لا يصح إيراد العقد عليه منفرداً لا يصح استثناؤه من العقد ، ولو استثنى فسد البيع أو الرهن .
وكذلك لا يفرد بهبة ، ولا يستثنى عن الهبة ، ولو استثنى صحت الهبة وبطل الاستثناء .

وكذا لو استثنى في الصدقة ، أو المهر ، أو النكاح ، أو بدل الخلع ، أو بدل الصلح عن دم العمد ، صحت وبطل الاستثناء (الزرقا : ص ٢٥٧ ، الدعاس : ص ٦٤) .

٢ - ومثل الجنين في الأحكام السابقة : كل ما كان اتصاله خلقه ، كاللبن في الضرع ، واللؤلؤ في الصدف ، والصوف على ظهر الغنم ، والجلد على الحيوان ، والنوى في الثمر (الزرقا : ص ٢٥٧ ، الدعاس : ص ٦٤) .

٣ - لو أحيا شيئاً له حريم ملك الحريم في الأصح تبعاً ، فلو باع الحريم دون الملك لم يصح (اللاحجي : ص ٦٠) .

٤ - الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً ، فلا يفرد بالبيع (اللاحجي : ص ٦٠) .

٥ - الدود المتولد من الفاكهة يجوز أكله معها تبعاً لا مفرداً في الأصح (اللاحجي : ص ٦٠) .

٦ - زوائد الرهن المنفصلة المتولدة تكون رهناً تبعاً ، ولا يقابلها شيء من الدين ، فلو هلك لا يسقط شيء من الدين ، ولكن إذا صارت مقصودة بالفكاك ، بأن بقيت بعد هلاك الأصل تُفك بحصتها من

الدين ، فيقسم الدين على قيمتها يوم الفكك ، وقيمة الأصل يوم القبض ، ويسقط من الدين حصة الأجل ، وتفتك الزوائد بحصتها (الزرقا : ص ٢٥٨) .

٧ - زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ، ولا يقابلها شيء من الثمن لو تلفت ، ولكن لو أتلّفها البائع سقطت حصتها من الثمن ، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم الاستهلاك (الزرقا : ص ٢٥٨) .

المستثنى :

١ - لو ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً ، يضمن الضارب ديته التي تسمى (غُرّة) أي ما يعادل خمسين ديناراً ، أي نصف عشر الدية ، ولو كان تابعاً لأمه (الدعاس : ص ٦٤) .

٢ - يجوز بيع المفتاح دون القفل ، والرسن دون الدابة ، وهكذا في كل تابع لا يكون جزءاً أو كالجزء (الدعاس : ص ٦٤) .

٣ - إن الجنين يورث فتكون غرته بين ورثته (الزرقا : ص ٢٥٨) .

٤ - يصح الإيصاء بالجنين ، وللجنين ، إذا ولد لأقل مدة الحمل وقت الوصية ، ويصح الإقرار له بالشرط المذكور ، إذا بين سبباً صالحاً لملك الحمل للمقرّ به ، كإرث أو وصية ، ويصح الإقرار به بدون أمه بالشرط نفسه ، وإن لم يبين المقر سبباً صالحاً .

والفرق بين الإقرار له ، والإقرار به ، حيث يشترط لصحة الأول أن يبين المقر سبباً صالحاً دون الثاني ، فإن المقر له في الثاني أهل للتملك على الإطلاق بخلافه في الأول ، فإن الحمل ليس بأهل

للتملك على الإطلاق ، وإذا بين سبباً صالحاً يصح (الزرقا : ص ٢٥٨) .

٥ - لو أبطل المديون الأجل صح ، وحل الدين ، مع أن الأجل صفة له ، والصفة تابعة للموصوف (الزرقا : ص ٢٥٨) .

٦ - إن الدابة المباعة إذا استحقت بالبيئة ، وكانت قد ولدت في يد المشتري ، فإن ولدها يتبعها في الاستحقاق ، وإن لم يدعه المستحق ، ولكن بشرط القضاء به ، وهذا إذا سكت الشهود عنه ، أما إذا بينوا أنه لذي اليد ، أو سئلوا فقالوا : لا ندري ، فلا يتبعها (الزرقا : ص ٢٥٨) ^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٥٧ - ٢٥٩ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٣ - ٦٤ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٦٠ ، المنشور للزركشي ١/ ٢٣٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٠ ، درر الحكام ١/ ٥٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٣ .

٣ - يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع (م/٥٤)

الألفاظ الأخرى :

- ١ - يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها .
- ٢ - يُغتفر في الشيء ضمناً ما لا يُغتفر فيه قصداً .
- ٣ - يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل .

التوضيح :

«يغتفر» أي يتسامح ويتساهل «في التابع» ، أي ما اشتمل عليه غيره ، سواء كان من حقوق المتبوع المشتمل ، أو لوازمه ، أو عقداً ، أو فسْخاً متضمناً له (بفتح الميم) أو من حقوق عقد متعلق به ، فيغتفر فيها ما دامت تابعة ما لا يغتفر فيها إذا صارت متبوعة ، أي أصلاً معقوداً .

أي أن الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي ، ويتساهل بها في توابعه ، ولذلك ورد ما يقرب من ذلك بقاعدة «التابع لا يفرد بالحكم» (م/٤٨) ، وتقرب من قاعدة : «يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً» .

التطبيقات :

- ١ - لو باع عقاراً يدخل فيه غير ما كان في ملك خاص ، أما ما كان

تابعاً له في ملك خاص فلا بدّ من التنصيص عليه بخصوصه ، أو على الحقوق والمرافق ، ولو أورد العقد عليها قصداً لا يصح (الزرقا : ص ٢٩١) .

٢ - يشترط في الوقف أن يكون الموقوف مالاً ثابتاً ، أي عقاراً ، ولا يصح وقف المنقولات ، إلا إذا تعورف ، كوقف الكتب وأدوات الجنازة ، لكن لو وقف عقاراً كقرية أو داراً بما فيها من منقولات صح الوقف في هذه المنقولات أيضاً تبعاً للعقار ؛ إذ يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع .

ولو وقف العقار ببقره وأكرته يصح ، ويغتفر دخول البقر والأكارين تبعاً ، لأنهما من حوائج المتبوع ولوازمه ، وعليه الفتوى ، ولو ورد الوقف عليها منفردة لا يصح إلا عند محمد رحمه الله تعالى إذا كان فيها تعامل (الزرقا : ص ٢٩١ ، الدعاس : ص ٦٤) .

٣ - لو أعتق أحد الشريكين حصته من العبد المشترك ، ثم اشترى حصة شريكه الساكت ، فإنه لا يصح ، ولا يملك الساكت نقل ملكه إلى أحد ، ولكن إذا أدى المعتق الضمان لشريكه الساكت ملكه ، واغتفر التملك والتملك ، لأنه وجد ضمناً وتبعاً (الزرقا : ص ٢٩٢) .

٤ - لو زوجه فضولي امرأة ، ثم أراد الفضولي فسخ النكاح فإنه لا يفسخ ، ولكن لو وكل الرجل الفضولي أن يزوجه امرأة فزوجه إياها أو أختها انفسخ العقد الأول ضمناً (الزرقا : ص ٢٩٢) .

٥ - لو وكل المشتري البائع في قبض المبيع فقبضه لا يصح قبضه عنه ؛ لأن الواحد لا يصلح مسلماً ومتسلاً ، حتى لو هلك في يده والحالة هذه ، يهلك عليه لا على المشتري ، أما لو أعطى للبائع جوالقاً ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ، فقبل صح التوكيل في ضمن الأمر بالكيل والوضع في الجوالق تبعاً ، وكان ذلك قبضاً من المشتري (الزرقا : ص ٢٩٢) .

٦ - إن من حقوق العقد المتعلق بالمتبوع أيضاً الوكيل بقبض المبيع إذا رآه فأسقط خيار رؤية موكله قبل أن يقبضه أو بعد ما قبضه لا يسقط ، ولكن لو قبضه وهو يراه سقط خيار موكله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تبعاً لصحة القبض ، خلافاً لهما (الزرقا : ص ٢٩٢) .

٧ - الجنين في بطن أمه المذبوحة جاز أكله لتبعية لها في الذبح (الدعاس : ص ٩٦٥) .

٨ - الرمي على المسلمين للتوصل إلى المقصود ، كما إذا تترس الكفار بهم ، يجوز ، مع أنه حرام قصداً ، ويجوز تبعاً (الدعاس : ص ٦٥) .

٩ - لو حلف لا يشتري صوفاً ، فاشتري غنمة عليها صوف ، جاز ولا يحنث ، لأن الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصداً ، فاغتفر فيه ، فإن دخل مقصوداً يحنث (الدعاس : ص ٦٥) .

١٠ - لو حلف لا يشتري خشباً أو آجراً ، فاشتري داراً لم يحنث ، لأن البناء يدخل تبعاً دون تسميته ، فلم يكن مقصوداً في العقد (الدعاس : ص ٦٥) .

١١ - حريم المسجد ليس له حكم المسجد في حرمة اللبث فيه للجنب (اللحجي : ص ٦١) وهذا الحكم لم يذكره السيوطي في هذه القاعدة ، بل ذكر عكسه في قاعدة «الحريم له حكم ما هو حريم له» فقال : «وحريم المسجد له حكم المسجد ، ولا يجوز الجلوس فيه للبيع ولا للجنب . . .» (١) .

١٢ - تثبت الشفعة في المنقول تبعاً للأرض (اللحجي : ص ٦١) (٢) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٩ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٩١ - ٢٩٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٤ - ٦٥ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٦١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٣ ، المنشور للزركشي ٣/ ٣٧٦ ، ٣٧٨ ، درر الحكام ١/ ٥٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٥ .

٤ - إذا سقط الأصل سقط الفرع (م/٥٠)

الألفاظ الأخرى :

الفرع يسقط إذا سقط الأصل .

الفرع يسقط بسقوط الأصل .

التوضيح :

إن الشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود يكون ذلك الفرع مبتنى عليه ، فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبني عليه ، ولا عكس ، فلا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل .

التطبيقات :

١ - إن براءة الأصل توجب براءة الكفيل ، فلو أبرأ الدائن ذمة مديونه الأصل برئ الكفيل بالمال عن الكفالة تبعاً ، بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل فإنه لا يبرأ الأصل ولا يسقط الدين (الزرقا : ص ٢٦٣ ، الدعاس : ص ٦٥ ، اللحجي : ص ٦٠) .

٢ - لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، أو وهبه له سقط ضمان الرهن ، وانقلب أمانة ، فإذا هلك في يد مرتهنه بلا حبسه يهلك أمانة ، بخلاف ما بعد إيفاء الدين فإنه مضمون ، وذلك لأنه بالإيفاء لم يسقط الدين ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها (الزرقا : ص ٢٦٣) .

٣ - لو حلف ليقضين دينه غدا مثلاً ، فأبرأه الدائن عن الدين قبل مضي الغد ، أو حلف ليشربن من ماء هذا الكوز اليوم ، وكان فيه ماء ، فصُبَّ قبل مضي اليوم ، بطلت اليمين ، لكون بقائها فرعاً عن بقاء الدين وبقاء الماء (الزرقا : ص ٢٦٣) .

٤ - إذا كان كفيل النفس قد كفل بنفس المدين وتسليمه للدائن لأجل هذا الدين فقط ، ثم أبرأ الدائن المدين ، أو أوفاه المدين الدين ، فالظاهر سقوط الكفالة حينئذ (الزرقا : ص ٢٦٤) .

المستثنى :

١ - خرج عن هذه القاعدة مسألة سقط فيها الأصل ولم يسقط الفرع ، وهي :

ما إذا كفل بنفس المدين فأبرأه الطالب عن الدين يسقط الدين ، وتبقى كفالة النفس ، فيطالب الكفيل بإحضاره ، إلا إذا قال الطالب : لا حق لي قبَلَه - أي المدين - ولا لموكل لي ، ولا لصغير أنا وليه أو وصيه ، ولا لوقف أنا متوليه ، فحينئذ يبرأ كفيل النفس (الزرقا : ص ٢٦٣ ، اللحجي : ص ٦٠) .

٢ - كما يخرج عنها مسائل هي تطبيقات لقاعدة «قد يثبت الفرع دون الأصل» (م/ ٨١) الآتية^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٦٣ - ٢٦٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٢ ، المنشور للزركشي ٢٢/٣ ، درر الحكام ٥٣/١ .

٥ - قد يثبت الفرع دون الأصل (م/٨١)

الألفاظ الأخرى :

قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل .

التوضيح :

هذه القاعدة قد تبدو غريبة ، غير معقولة في بادئ الأمر ، لأنها تنافي السنن الطبيعية ، ولكن الأمور الحقيقية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية ، فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء ولا تبحث عن نشوئها في الواقع .

فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرّع عنه ، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية قد تُفقد وسائله المُثبتة في حق الأصول ، وتتوافر في حق الفروع .

فقد يوجد ويبقى الفرع مع عدم وجود الأصل ، لأنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود ، وقد يوجد الأصل بدون وجود الفرع ، كالمدين إذا لم يكن له كفيل ، وهذا ظاهر ، لأنه ليس كل أصل له فرع ، وأما وجود الفرع بدون الأصل فله أمثلة كثيرة ، وهي تطبيقات للقاعدة .

وكما لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود فلا تلازم بينهما في السقوط بعد الوجود ، لأن عدم سقوط الأصل بسقوط الفرع فذلك أمر ظاهر ، إذ لا يلزم من إبراء كفيل المال والنفس مثلاً براءة الأصيل ، وأما عدم سقوط الفرع بسقوط الأصل فهو كالفرع المستثنى من القاعدة الأخرى «إذا سقط الأصل ، سقط الفرع» (م/ ٥٠) وقاعدة «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه» (م/ ٥٢) .

وكما لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود فلا تلازم بينهما في الصلاحية والسلطة ، فكثيراً ما يملك الأصل ما لا يملكه الفرع ، وذلك ظاهر ، كالموكل يملك ما لا يملكه وكيله ، وقد يملك الفرع ما لا يملكه الأصل ، كالمريض إذا صار مديناً بما يحيط بماله ، إذا باع في مرض موته وحابى فيه ، ولو قليلاً ، فإن محاباته لا تجوز وإن قلت ، بينما يحق للدائن أن يقبل هذه المحاباة من المريض البائع ، كما أن المشتري من المريض المدين الذي حابه إذا لم يجز الدائن المحاباة ، له الخيار ، بأن يوفي الثمن إلى تمام القيمة ، وإن شاء فسخ ، وأما وصي المريض المدين بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه ، وحابى قدر ما يتغابن فيه ، صح بيعه ، ويجعل عفواً ، فقد ملك الفرع (الوصي) ما لا يملكه الأصل في هذا .

التطبيقات :

١ - لو ادعى شخص على اثنين أن أحدهما استقرض منه مبلغاً من المال ، وأن الثاني قد كفله ، فاعترف الكفيل ، وأنكر الآخر ، وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه ، يؤخذ من الكفيل ، لأن المرء

مؤاخذ بإقراره ، فقد ثبت الفرع ، ولم يثبت الأصل (الزرقا : ص ٤١١ ، الدعاس : ص ٦٦ ، اللحجي : ص ٦٠) .

٢ - لو غصب إنسان شيئاً فباعه ، ثم تداولته الأيدي بالبيع والشراء ، فأجاز المالك أحد العقود ، جاز ذلك العقد الذي أجازته خاصة ، لا ما قبله ، ولا ما بعده (الزرقا : ص ٤١١) .

٣ - لو ادّعى الزوج بدل الخلع على المرأة فأنكرت ، بانت منه ولا يلزم المال الذي هو الأصل (الزرقا : ص ٤١١ ، اللحجي : ص ٦٠) .

٤ - لو أقامت المرأة البينة على النكاح ، والزوج غائب ، يقضى بالنفقة لا بالنكاح ، كما هو مذهب زفر المفتي به (الزرقا : ص ٤١٢) .

٥ - لو أوقع على إحدى زوجتيه طلاقاً مبهماً ، ثم ماتت إحدهما قبل البيان تتعين الأخرى للطلاق ، فلو قال : كنت عَيت بالطلاق التي ماتت ، لا يعتبر قوله ، ولكنه يحرم بسببه الميراث (الزرقا : ص ٤١٢) .

٦ - إن الوكيل بقبض العين لو طلبها من ذي اليد فأقام ذو اليد البينة على أنها ملكه بالشراء أو الهبة من موكله ، أو أنها رهن عنده منه ، تسمع بينته ، فتقصر يد الوكيل بدون أن يقضى بالشراء أو الهبة أو الرهن إلا إذا أحضر الموكل وأقيمت البينة بمواجهته (الزرقا : ص ٤١٢) .

٧ - إن الوكيل بنقل الزوجة أو العبد ، إذا أقامت الزوجة أو العبد البينة على الطلاق ، أو العتاق ، تقصر يد الوكيل ، ولا يقضى بأحدهما ، فقد قضى بقصر يد الوكيل الذي هو فرع من غير أن يقضى بالمدعى به الذي هو الأصل (الزرقا : ص ٤١٢) .

٨ - لو ادعى مجهول النسب على آخر أنه ابنه ، وبرهن ، فأقام الآخر البينة على أن المدعي هو ابن فلان الآخر ، تقبل في دفع بينة

- المدعي ، لا في إثبات نسبه من فلان الآخر (الزرقا : ص ٤١٢) .
- ٩ - لو ولدت الأمة المتزوجة فادعى مولاهما نسب ولدها فإنها لا تصح دعواه ، بل يثبت النسب من الزوج ، لكن يصير الولد حراً ، وتصير الأمة أم ولد للمولى (الزرقا : ص ٤١٣) .
- ١٠ - لو أقر شخص لأحد مجهول النسب أنه أخوه ، فهذا الإقرار يمس حقوق الأب ، لأن فيه تحميلاً للنسب على الأب ، فإذا أنكر الأب بنوته ، ولم يمكن إثباتها بالبيّنة لا تثبت بنوته للأب ، لكن يؤخذ المقرر بإقراره أنه أخوه ، فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب (الدعاس : ص ٦٦) .
- ١١ - قال بعت عبدي من زيد ، واعتقه زيد ، فأنكر زيد ، أو قال : بعته من نفسه ، فأنكر العبد ، عتق في المسألتين ، ولم يثبت العوض (الللحجي : ص ٦٠ - ٦١) .
- ١٢ - ادّعت المرأة الإصابة قبل الطلاق ، وأنكر ، فيجب عليها العدة في الأصح (الللحجي : ص ٦١) .
- ١٣ - قال لزوجته المجهولة النسب : أنت أختي ، وكذبت ، انفسخ نكاحها في الأصح (الللحجي : ص ٦١) .

المستثنى :

يستثنى من هذه القاعدة جميع الفروع التي تدخل في قاعدة : « إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه » (م/٥٢)^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤١١ - ٤١٣ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٥ - ٦٦ ، المنشور للزركشي ٢٣/٣ ، درر الحكام ٨١/١ .

٦ - إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (م/٥٢)

التوضيح :

إذا بطل الشيء من التصرفات غير العقود ، أو فسد الشيء من العقود ، فإنه يبطل ما يدخل فيه ، وهو بمعنى قولهم : «إذا بطل المتضمن (بكسر الميم) بطل المتضمن» (بفتحها) .

التطبيقات :

١ - الصلاة المشتملة على واجبات وسنن إذا بطلت بطل جميع ما تضمنته (الدعاس : ص٦٦) .

٢ - إذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات ، لأنها تبع له (الدعاس ص٦٧) .

٣ - إذا بطل مضمون العقد يبطل أيضاً ما يبنى عليه ، فلو تبايعا وتم التقابض في المبيع والثلث ، فأبرأ كل منهما الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع ، ثم استحق المبيع من يد المشتري ، فإنه يرجع بالثلث على البائع ، لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الإبراء المبني عليه (الدعاس : ص٦٧) .

٤ - لو أكره غير المسلم على الإقرار بالإسلام لا يحكم بإسلامه ؛ لأن الإكراه يمنع الصحة (الدعاس : ص٦٧) .

٥ - لو أقر إنسان لآخر ، أو أبرأه عاماً ، وكان الإقرار أو الإبراء مترتباً على عقد كبيع أو صلح ، ثم انتقض البيع أو الصلح بوجه ما ، بطل الإقرار والإبراء ، وذلك كما إذا اشترى شيئاً من آخر ، فإن شراؤه منه يتضمن إقراره له بالملك ، أو شراؤه منه وأقر له بوجوب الثمن في ذمته ، ثم ظهر أن المبيع مستحق للغير ، ولم يجز المستحق البيع ، بطل البيع وبطل ما تضمنه أو ترتب عليه من الإقرار بالملك ، أو بوجوب الثمن ، ورجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان دفعه له ، ولا يمنعه إقراره من ذلك ، لأنه بطل بطلان البيع الذي تضمنه (الزرقا : ص ٢٧٣) .

٦ - إذا صالح البائع المشتري عن دعوى العيب على مال دفعه له ، ثم برأ المبيع بدون معالجة المشتري ، بطل الصلح ، ورجع البائع على المشتري بما دفعه له . (الزرقا : ص ٢٧٤) .

٧ - لو صالح المدعى عليه المنكر المدعى على مال دفعه له ، ثم اعترف المدعى بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه شيء ، بطل الصلح ورجع المدعى عليه على المدعى بما دفعه له من البدل ، ولا يمنعه من الرجوع ما تضمن عقد الصلح من اعتراف المدعى عليه بالمال المدعى به ، لبطلانه ببطلان الصلح (الزرقا : ص ٢٧٤) .

٨ - لو اشترى شيئاً ، ثم أكره على البيع ، وتصرف فيه المشتري تصرفاً يقبل النقص ، ثم زال الإكراه ، فالبائع له نقض تصرفات المشتري (الزرقا : ص ٢٧٤) .

٩ - لو باع بيعاً فاسداً بغير إكراه ، ثم سلم البائع المبيع للمشتري ، وسلم المشتري الثمن للبائع ، لا ينعقد هذا بينهما بيعاً بالتعاطي .

وكذا لو اشترى ثوباً مثلاً شراء فاسداً ، ثم لقي البائع بعد ، فقال :
قد بعثني ثوبك هذا بكذا؟ فقال البائع : بلى ، فحذه ، فقال : قد
أخذته ، فهو فاسد ما لم يكونا تشاركنا الأول .

وذلك لأنه في الصورتين مبني ومترب على عقد فاسد ، أما إذا
كان فساداً بالإكراه ، ثم سلّمه بعد زواله نفذ البيع (الزرقا :
ص ٢٧٤ - ٢٧٥) .

١٠ - لو قال لآخر : بعثك دمي بكذا ، فقتله ، وجب القصاص ، ولو
اشترى من خصمه اليمين التي توجهت عليه بمال ، لم يلزم
المال ، وكان للخصم أن يستحلفه ، لأنه لما بطل العقد في
الصورتين بطل ما في ضمنه من الإذن بالقتل وإسقاط اليمين ،
بخلاف ما لو أمره بقتله ، أو صالحه عن طلب اليمين على مال ،
أو اقتداه منه به ، حيث يسقط القصاص في الأولى ، واليمين في
الثانية ، ويلزم فيها المال (الزرقا : ص ٢٧٥) .

١١ - لو استأجر الأرض لترك الزرع قائماً عليها إلى أن يدرك ، فسد
العقد ، ولم يطب له ما زاد الزرع ، لفساد الإذن بإبقائه فيها لفساد
عقد الإجارة ، بخلاف ما لو استأجر الشجر لإبقاء الثمر (الزرقا :
ص ٢٧٥) .

١٢ - لو كان له على آخر دين مؤجل ، فاشترى منه به شيئاً ، فإن
الأجل يسقط ، فإذا ردّه الدائن على البائع المدين بخيار عيب
بحكم الحاكم انفسخ البيع ، وعاد الدين مؤجلاً كما كان .

والظاهر أن هذا فيما إذا قبض المشتري المبيع ، لأنه حينئذ يحتاج
إلى القضاء ليكون فسخاً ، ولو كان ذلك قبل القبض لا يحتاج

إلى القضاء ، بل يستقل المشتري به ، ويكون فسخاً بدونه ، كما نصوا عليه في خيار العيب .

والظاهر أنه حينئذ يعود الأجل أيضاً ، بخلاف ما إذا رده بعد القبض بالتراضي فإن الأجل لا يعود ، وبخلاف ما لو رده بالإقالة فإنه لا يعود (الزرقا : ص ٢٧٥) .

١٣ - لو كانت النفقة المتراكمة على الزوج غير مستدانة بأمر القاضي ، فأبان الزوجة لا بقصد إسقاط النفقة ، بل بسبب آخر ، أو مات عنها ، فإن النفقة المتراكمة عليه تسقط عن ذمته ، كما نصوا عليه في النفقات ، لأنه لما بطل النكاح بطل ما ترتب عليه من النفقة (الزرقا : ص ٢٧٦) .

ثم لا فرق في بطلان المتضمن (بفتح الميم) بين أن يكون متضمناً حقيقة للباطل ، كمسألة بيع الإنسان دمه لآخر ، ومسألة شرائه اليمين من خصمه ، وبين أن يكون مترتباً عليه ترتباً بأن أفرده بذكره معه وقرنه به ، كالإبراء والإقرار بعد عقد فاسد ، وكتصرفات المشتري من المكره على البيع (الزرقا : ص ٢٧٦) .

المستثنى :

خرج عن هذه القاعدة مسائل ، منها :

١ - لو صالح الشفيع عن شفيعته أو اشتراها منه بمال لم يصح الصلح ، ولم يلزم المال ، وسقطت شفيعته ، بخلاف ما لو صالحه عن دعوى الشفيع ، فإنه يصح ، ويلزم المال (الزرقا : ص ٢٧٦) .

٢ - لو صالح الزوج زوجته المخيرة على مال لتختاره ، ففعلت ،

واختارت زوجها لم يصح الصلح ، ولم يلزم المال ، وسقط خيارها (الزرقا : ص ٢٧٦) .

٢ - لو جعل الكفيل بالنفس مالاً للمكفول له ليسقط عنه الكفالة ، فأسقطها ، سقطت ، ولم يلزم المال (الزرقا : ص ٢٧٦) .

٤ - لو اشترى ثمراً غير مدرك ، ثم استأجر الأشجار ليبقى الثمر عليها إلى وقت الإدراك فالإجارة باطلة ، ولا يبطل ما في ضمنها من الإذن بإبقاء الثمر ، فإذا أبقاه فزاد طابت له الزيادة (الزرقا : ص ٢٧٦) .

٥ - لو اشترى داراً ، وقبل أن يراها بيعت دار بجانبها ، فأخذها بالشفعة ، ثم ردَّ الأولى بخيار الرؤية ، تبقى الثانية التي أخذها بالشفعة له ، فقد بطل شراؤه الذي ترتب عليه الأخذ بالشفعة ، ولم يبطل الأخذ بها (الزرقا : ص ٢٧٦) .

٦ - لو طلق إحدى زوجتيه طلاقاً مبهماً ، ثم ماتت إحدهما قبل البيان ، تتعين الأخرى الحية للطلاق ، فلو قال : كنت قد عَنَيْت المتوفاة بالطلاق لا يعتبر قوله ذلك ، ولكن يحرم بسببه الميراث ، فلم يعمل قوله عمله ، ولكن لم يبطل ما ترتب عليه من حرمان الإرث (الزرقا : ص ٢٧٧) .

٧ - لو طلق زوجته غير المدخول بها ثنتين ، ثم قال : كنت طلقتهما قبل ذلك واحدة ، لا يبطل عنه الشتان ، ويلزم بالتي أقر بها ، ولا تحل له إلا من بعد زوج آخر ، فقد بطل هنا المتضمن والإقرار بالطلقة السابقة ، ولم يبطل ما في ضمنه من الحرمة المغلظة (الزرقا : ص ٢٧٧) .

٨ - لو كان له على آخر دين مؤجل ، فشرى به منه شيئاً ، فإن الأجل يسقط ، فإذا تقايلا عقد البيع انفسخ البيع ، ولا يعود الأجل ، وصار دينه حالاً ، فقد بطل المتضمن ، وهو عقد البيع ، ولم يبطل ما وقع في ضمنه ، وهو سقوط الأجل وحلول الدين ، لأن الإقالة لا تصح إلا بضمن حال قدره قدر الثمن الأول ، لأنها فسخ في حق المتعاقدين ، والفسخ يقتضي رفع البيع السابق بجميع صفاته ، ولما كان الثمن في البيع الأول حالاً فيبقى حالاً بعد الإقالة أيضاً (الزرقا : ص ٢٧٧) .

٩ - لو أقر الوكيل بالخصومة على موكله في غير مجلس الحاكم ، فإن إقراره لا يعتبر ، ولكن ينعزل به عن الوكالة (م/١٥١٧) فقد بطل الإقرار هاهنا ولم يبطل ما تضمنه من أنه لا يحق له مخاصمة المدعي فيما يدعي على موكله (الزرقا : ص ٢٧٧) .

١٠ - لو أقر متولي الوقف المدعي ملكية الموقوف ، فإن إقراره لا يسري على الوقف ، ولكن يخرج به عن الخصومة ، لما صرحوا به من أن من أقر بشيء لغيره فكما لا يملك أن يدعيه لنفسه لا يملك أن يدعيه لغيره (الزرقا : ص ٢٧٧) .

١١ - إذا باع سلعة ، وقبض ثمنها ، ثم سلمها للمشتري ، ثم وجد الثمن زيوفاً - أي مغشوشة وغشه مغلوب - فإنه ليس له استرداد السلعة وحبسها بالثمن ، بل له رد الزيوف على المشتري ، ومطالبته بالجيد فقط .

فقد ارتفع قبض البائع بردّ الزيوف ولم يبطل ما تضمنه من الإذن للمشتري بقبض المبيع ، بخلاف ما لو وجد الثمن ستوقه - أي

رصاصاً - فإنه يسترد السلعة ويحبسها بالثمن ، لأنها ليست بدراهم أصلاً (الزرقا : ص ٢٧٨) .

١٢ - لو باع عقاراً بيعاً فاسداً ، وسلمه للمشتري ، فبنى فيه أو غرس ، فإنه ينقطع حق الفسخ ولا يؤمر بنقض البناء أو قلع الغرس ، لأنه كان بتسلط البائع ، فقد فسد العقد ، ولم يبطل ما تضمنه من التسليط على البناء والغرس (الزرقا : ص ٢٧٨) .

١٣ - لو اشترى شيئاً ، وأعطى بثمنه رهناً ، ثم ظهر أن البيع باطل ، كما إذا كان البيع شاة مذبوحة مثلاً ، فظهر أنها ميتة ، فإنه لا يبطل الرهن ، بل يبقى على الصحة ، ويكون مضموناً على البائع ضمان الرهن ، فإذا هلك في يده يدفع للراهن قيمته إن كانت أقل من قدر الثمن ، ويدفع له قدر الثمن إن كانت قيمته مثله أو أكثر (الزرقا : ص ٢٧٨) .

١٤ - لو دخل بالزوجة بعد نكاح فاسد قد سمي لها فيه مهراً ، فإنه يجب لها مهر المثل لا يتجاوز به المسمى ، لرضا الزوجة بالمسمى .

ومثله ما لو استوفى المنفعة في الإجارة الفاسدة فإنه يجب عليه أجر المثل لا يتجاوز به المسمى لو كان هناك مسمى ، لرضا المؤجر بالمسمى أيضاً .

فقد فسد المتضمن ، وهو النكاح والإجارة ، ولم يفسد المتضمن ، وهو الرضا بالمسمى فيهما الذي تضمنه العقد .

أما في البيع الفاسد فلا يعتبر المسمى أصلاً ، بل يجب على

المشتري فاسداً قيمة المبيع بالغة ما بلغت إذا قبضه وهلك في يده ، أو استهلكه من غير أن يقيده بأن لا يتجاوز الثمن المسمى في العقد .

وبيان الفرق أن المهر في النكاح والبدل في الإجارة لم يجباً بمقابلة بدل مالي متقوم قياساً حتى تعتبر قيمته بالغة ما بلغت ، فإن منفعة البضع التي هي حل الاستمتاع به ، ومنفعة العين المأجورة ليست مالاً متقوماً ، بل المنفعتان معدومتان حين العقد تحدثان بعده آنأ فآنأ ، ومقابلة المعدوم ببطل باطل قياساً لاستحالته ، وإنما جوز في النكاح والإجارة إظهاراً لخطر الفروج في الأول ، ولحاجة الناس في الثاني ، فاعتبر المسمى ، إذ المعقود عليه فيهما ليس مالاً متقوماً حتى تعتبر قيمته بالغة ما بلغت ، بخلاف المبيع فاسداً فإنه مال متقوم قياساً فاعتبرت قيمته (الزرقا : ص ٢٧٨) .

١٥ - لو برهن أنه ابن عم الميت ، وذكر النسب ، فقبل أن يقضى له برهن خصمه أنه ابن عم فلان الآخر ، أو أن جد الميت فلان غير ما بينه المدعي ، يقبل في حق المدعي لا في إثبات النسب من الآخر ، فقد بطل المتضمن هنا ، وهو الشهادة بالنسب ، فلم يقض به ، ولكن لم يبطل المتضمن ، وهو دفع دعوى المدعي ، وعلة عدم القضاء بالنسب في هذا بأنه ليس بخصم في إثباته على الغير ، ولو برهن الخصم بعد أن قضى القاضي فلا يقضى بشيء بالبيينة الثانية (الزرقا : ص ٢٧٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٧٣ - ٢٨٥ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٦ - ٦٧ ، درر الحكام ٥٤/١ .

٧ - التابع يسقط بسقوط المتبوع

التوضيح :

التابع هو ما يعتبر من قبيل الجزء كالعضو ، أو كالجزء من غيره كالصوف ، فإذا سقط المتبوع ، وهو الأصل ، سقط التابع ، وهو الفرع ، لأن التابع لا يفرد بالحكم (م/١٤) .

وهذه القاعدة فرع عن القاعدة الأصلية «التابع تابع» (م/٤٧) فالتابع يتبع في الحكم ما يكون تابعاً له في الوجود ، ويقرب من هذه القاعدة قاعدة «إذا سقط الأصل سقط الفرع» (م/٥٠) .

التطبيقات :

١ - من فاتت صلاة في أيام الجنون لا يستحب قضاء رواتبها ، لأن الفرض سقط ، فكذا تابعه ، بخلاف ما إذا لم يسقط المتبوع بأن فُعل ، فإنه يستحب قضاء تابعه ، كالفرائض إذا فعلت ، ولو كانت جمعة ، وفاتت رواتبها ، فإنه يستحب قضاؤها (اللحجي : ص ٦٠) .

٢ - من فاته الحج ، فتحلل بالطواف والسعي والحلق ، لا يتحلل بالرمي والمبيت ؛ لأنها من توابع الوقوف ، فإذا فات الأصل ، وهو الوقوف ، سقط التابع ، وهو الرمي والمبيت (اللحجي : ص ٦٠) .

المستثنى :

- ١ - محل التحجيل في الوضوء في نحو اليد ، فإنه يستحب غسله إذا قطع محل الفرض (اللحجي : ص ٦٠) .
- ٢ - الغرة إذا تعذر غسل الوجه لعدة به مثلاً ، وكان ما جاوره صحيحاً ، فإنه يستحب الإتيان بها على المعتمد عند ابن حجر (اللحجي : ص ٦٠) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٦٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣١ ،
الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٤ ، المشور للزركشي ١ / ٢٣٥ .

٨ - التابع لا يتقدم على المتبوع

التوضيح :

التابع لشيء بأن يكون جزءاً منه ، أو كالجزء منه كالصوف ، لا يتقدم على متبوعه الأصلي في الحكم ؛ لأن التابع يتبع متبوعه ، والفرع يتبع الأصل .

وهذه القاعدة فرع عن قاعدة «التابع تابع» (م/٤٧) .

التطبيقات :

١ - المزارعة على البياض بين النخل والعنب جائزة تبعاً للمساقاة بشروط : منها أن يتقدم لفظ المساقاة ، فلو قدم لفظ المزارعة ، فقال : زارعتك على البياض ، وساقيتك على النخل على كذا ، لم يصح ، لأن التابع لا يتقدم على المتبوع (اللحجي : ص ٦١) .

٢ - لو باع بشرط الرهن ، فقدم لفظ الرهن على لفظ البيع ، لم يصح ؛ لأن الرهن تبع للبيع ، ولا يتقدم التابع على المتبوع (اللحجي : ص ٦١) .

٣ - لا يصح تقدم المأموم على إمامه في الموقف ، ولا في تكبيرة الإحرام ، لأن المأموم تابع للإمام ، ولا يتقدم التابع على المتبوع (اللحجي : ص ٦١) .

٤ - لو كان بين المأموم وبين الإمام شخص يحصل به الاتصال ، ولولا
هو لم تصح قدوته ، ويقال له : الرابطة ، لم يصح للمأموم أن يحرم
قبل الرابطة ، لأنه تابع له ، كما أنه تابع لإمامه (اللحجي :
ص ٦١) .

المستثنى :

- ١ - لو حضر الجمعة من لا تنعقد به كالمسافر والعبد والمرأة ، فإنه
يصح إحرامهم قبل إحرام من تنعقد به الجمعة على الأصح عند
المحققين (اللحجي : ص ٦١)
- ٢ - العُرّة والتحجيل يصح فعلهما قبل غسل محل الفرض على الأصح
عند ابن حجر ، وإن خالفه غيره ؛ لأن ما قارب الشيء يُعطى
حكمه (اللحجي : ص ٦١) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٦١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٣ ،
الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٥ ، المتثور للزركشي ٢٣٦/١ .

الخراج بالضمان (م/٨٥)

التوضيح :

خراج الشيء : هو الغلة التي تحصل من الشيء إذا كانت منفصلة عنه ، وغير متولدة منه ، ككسب العبد ، وسكنى الدار ، وأجرة الدابة ، ومنافع الشيء .

والضمان : هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير ، و«الخراج بالضمان» أي بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه ، فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن ، رواه الطبراني عن حكيم بن حزام رضي الله عنه ؛ ورمز له السيوطي إلى حسنه^(١) .

وهذه القاعدة نص حديث نبوي صحيح أخرجه الشافعي وأحمد وأصحاب السنن الأربعة وابن حبان من حديث عائشة رضي الله عنها ، وفي بعض طرقه ذكر السبب ، وهو : «أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده (مدة) ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً ، فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله ، قد استعمل غلامي ، فقال : «الخراج بالضمان»^(٢) ، لأنه لو كان تلف في يده ، قبل الرد ، لكان من ماله .

(١) فيض القدير ٣٣٢/٦ ، وهو جزء من حديث أوله «نهى عن سلف وبيع .» الذي رواه البيهقي (٣٣٦/٥ ، ٣٤٨) والحاكم (١٧/٢) .

(٢) سنن أبي داود (٢٥٥/٢) جامع الترمذي (٥٠٧/٤) سنن النسائي (٢٢٣/٧) سنن ←

قال أبو عبيد : «الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتريه الرجل فيستغله زماناً ، ثم يعثر منه على عيب دلّسه (أخفاه) البائع ، فيرده ، ويأخذ جميع الثمن ، ويفوز بغلته كلها ، لأنه كان في ضمانه ، ولو هلك هلك من ماله» ، وكذا قال الفقهاء : «معناه ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك ، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له ليكون الغنم (المصلحة) في مقابلة الضمان»^(١) .

فخراج الشيء يستحقه من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانه ، وحسابه ، في مقابلة الضمان .

التطبيقات :

- ١ - لو ردّ المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب ، وكان قد استعمله مدة ، لا يلزمه أجرته ؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله (الزرقا : ص ٤٢٩ ، اللحجي : ص ٦٨) .
- ٢ - لو اشترى المبيع ، وآجره ، فإن الأجرة تطيب للمشتري ولو ردّ المبيع بعد ذلك (الزرقا : ص ٤٢٩ ، اللحجي : ص ٦٨) .
- ٣ - لو اشترى شخص شاة ، وولدت عنده ، ثم ردها للبائع بعيب ، فالولد للمشتري (اللحجي : ص ٦٨) .
- ٤ - لو وجد شخص ركازاً ، واستعمله ، أو آجره ، ثم ظهر صاحبه ، فلا ضمان على الواجد (اللحجي : ص ٦٨) .

→ ابن ماجه (٧٥٤/٢) المستدرک (١٥/٢) بدائع المنن (٢٦٤/٢) مسند أحمد (٤٩/٦ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧) ، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٥٠) سنن الدار قطني (٥٣/٣) .

(١) المشور للزركشي ١١٩/٢ .

٥ - لو وهب شخص لآخر عيناً فاستعملها ، أو استغلها وأجرها ، بعد قبوله وقبضه ، ثم رجع الواهب عن هبته ، فالغلة والخراج والثمرة للموهوب له (اللحجي : ص ٦٨) .

٦ - لو شرطاً في شركة الوجوه مناصفة المشتري ، أو مثالثته ، وشرطاً الربح على خلاف ذلك ، فالشرط باطل (الزرقا : ص ٤٣٠) .

٧ - لو استأجر داراً مثلاً ببدل ، ثم أجرها بأكثر منه من جنس ذلك البدل ، فإن الزيادة لا تطيب له إلا إذا أصلحها بإحداث ما تشاهد عينه فيها ، كبناء وتجسيص ، وجعل الخصاص كرى النهر من ذلك ، بخلاف كنس الدار وإلقاء التراب من الأرض ولو تيسرت الزراعة فيها (الزرقا : ص ٤٣٠) .

المستثنى :

١ - اختلف الفقهاء في المبيع قبل القبض إذا حدثت الزيادة المنفصلة غير المتولدة ثم رُدَّ بالعيب ، فعند محمد هي للمشتري بلا ثمن ، وعندهما : هي للبائع ، واتفقوا على أنها لا تطيب لمن هي له ، لأن طيبها إنما يكون بالملك والضمان ، وقبل القبض لم يجتمعا في أحدهما ، بل الملك للمشتري ، والضمان على البائع ، حتى لو هلك المبيع ، والحالة هذه يهلك من ماله ، فعلى قول محمد فالمثال استثناء ، وعلى قول الشيخين فالمثال تطبيق للقاعدة .

٢ - لو أعتقت المرأة عبداً ، فإن ولاءه (ميراثه) يكون لابنها ، ولو جنى العبد جناية خطأ فالعقل (الدية) على عصبتهادونه ، وقد يجيء مثله في بعض العصبات يعقل ولا يرث ، (اللحجي : ص ٦٨) ^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٢٩ - ٤٣٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ، ص ٧٣ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٦٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠ ، المنثور للزركشي ١/ ١١٩ ، درر الحكام ١/ ٨٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٥ .

إذا اجتمع المباشر والمتسبب يُضاف الحكم إلى المباشر (م/٩٠)

الألفاظ الأخرى :

إذا اجتمع السبب والمباشرة ، أو الغرور والمباشرة قُدمت المباشرة .

التوضيح :

المباشر : هو الذي حصل التلف مثلاً بفعله بلا واسطة ،
والمتسبب : هو الذي لم يحصل التلف بمباشرة وفعله ، بل كان فعله
سبباً مفضياً إلى التلف .

وإذا اجتمع المباشر للفاعل أي الفاعل له بالذات ، والمتسبب له ،
أي المفضي والموصل إلى وقوعه ، فيضافه الحكم إلى المباشر ، لأن
الفاعل هو العلة المؤثرة ، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها
المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة ، لأن تلك أقوى وأقرب ، إذ المتسبب هو
الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه ، من تلف أو غيره ، فعل
فاعل مختار ، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل
بينهما فعل فاعل مختار ، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب ،
لأنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم ، كالعلة وعلة العلة ،
والحكم يضاف إلى العلة ، لا إلى علة العلة ، والسبب هو ما يضاف إليه

الحكم أي يعتمد عليه ويستند إليه الحكم للتعلم به من حيث إنه معرف للحكم ، والغرور : إيداء ما ظاهره السلامة ، ثم تخلف .

التطبيقات :

١ - لو حفر رجل بئراً أو حفرة في الطريق العام ، بدون إذن ولي الأمر ، فألقى أحد حيوان شخص في البئر أو الحفرة ، ضمن الذي ألقى الحيوان ؛ لأنه العلة المؤثرة ، ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، دون حافر البئر ، فيكون الملقى هو الضامن دون الحافر ، لأن الملقى هو المباشر ، فيضاف الفعل إليه لأنه ألصق به وأقوى من المتسبب السابق الذي كان فعله مفضياً وموصلاً إلى التلف ، إلا أن التلف لم يحصل بفعله ، بل تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو مباشر الإلقاء بلا واسطة ، فكان الضمان عليه ، حتى لو لم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار بأن تدهور فيه الحيوان بلا صنع أحد ضمن الحافر إذا كان متعدياً بأن كان حفره بغير إذن ولي الأمر (م/ ٩٢٢ ، ٩٢٤ ، ٩٢٥) ، أما في الحالة الأولى فالملقى هو الضامن دون الحافر ، لأن الملقى هو المباشر فيضاف الفعل إليه (الزرقا : ص ٤٤٧ ، الدعاس : ص ٨٠) .

٢ - لو دلّ إنسان سارقاً على مال لآخر ، فسرقه ، أو دلّ على القتل ، أو قطع الطريق ، ففعل ، فلا ضمان على الدال ، بل على السارق والقاتل وقاطع الطريق ، لأنه المباشر ، ولأنه فعل من مكلف مختار يصح إضافة الحكم إليه (الزرقا : ص ٤٤٨ ، الدعاس : ص ٨٠) .

٣ - لو دفع سكيناً إلى صبي مميز ليمسكها له ، فقتل الصبي بها نفسه ،

فلا ضمان على الدافع المتسبب ، لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو الصبي ، لأنه ضرب نفسه باختياره ، فلو لم يحصل التلف باختياره ، بأن وقع السكين من يد الصبي ، فجرحه ، ضمن الدافع (الزرقا : ص ٤٤٨) .

٤ - لو أكل المالك طعامه المغصوب جاهلاً به ، فلا ضمان على الغاصب في الأظهر ، وكذا لو قدّمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله ، فإن الغاصب يبرأ (الللحجي : ص ٩٣) .

٥ - لو حفر بئراً فرداه فيها آخر ، أو أمسكه فقتله آخر ، أو ألقاه من شاهق فقتله آخر ، فقدّه ، فالقصاص على المردى ، والقاتل ، والقاد فقط (الللحجي : ص ٩٤) .

٦ - لو غرّ بامرأة معيبة أو رقيقة ، ووطئ ، وفسخ نكاحها ، فإذا غرم المهر لم يرجع على الغار (الللحجي : ص ٩٤) .

المستثنى :

١ - إذا كان السبب يعمل في الإثلاف إذا انفرد عن المباشر ، كالسوق مع الركوب ، فإن المباشر والمتسبب يشتركان حيثئذ في ضمان ما تتلفه الدابة ، لأن السائق ، وإن كان متسبباً ، والراكب وإن كان مباشراً ، فإن السبب هاهنا ، وهو السوق ، يعمل في الإثلاف إذا انفرد عن الركوب فيضمنان بالسوية .

أما الضمان على المباشر وحده دون السبب فهو إذا كان السبب لا يعمل في الإثلاف إذا انفرد عن المباشرة ، كحفر البئر ، فإنه بانفراده لا يوجب التلف ما لم يوجد الدفع الذي هو المباشرة ، وإن كان لولا الحفر لا يتلف بالدفع (الزرقا : ص ٤٤٨) .

٢ - لو حفر شخص حفرة ، فسقط فيها حيوان من تلقاء نفسه ، ولم يلقه أحد ، فإن الحافر يضمن ، لأنه انفرد بالسبب (الدعاس : ص ٨٠) .

٣ - لو دلّ المودّع نفسه السارق على الوديعة فسرقتها ، فإنه يضمن لترك الحفظ ، إلا إذا منعه حين الأخذ ، فأخذها كرها فلا يضمن ، بخلاف وارث المودّع إذا دلّ السارق عليها فإنه لا يضمن ، لأنها في يده أمانة محضة لم يلتزم الحفظ فيها (الزرقا : ص ٤٤٨) .

ويظهر أن مثل وارث المودّع في عدم الضمان ما لو أُلقت الريح ثوب الجار في داره ، فدلّ السارق عليه ، لتصريحهم بأنه أمانة محضة ، لا التزام للحفظ فيها (الزرقا : ص ٤٤٨) .

٤ - إذا غصب شاة ، وأمر قصاباً بذبحها ، وهو جاهل بالحال ، فقرار الضمان على الغاصب قطعاً (اللحجي : ص ٩٤) .

٥ - إذا استأجره لحمل طعام فسلمه زائداً ، فحمله المؤجر جاهلاً ، فتلفت الدابة ، ضمنها المستأجر الذي هو الغار ، لأن يد المباشرة ، والحالة هذه ، كيد الغار ، لأنه نائب عنه (اللحجي : ص ٩٤) .

٦ - إذا أفتاه أهل الفتوى بإتلاف ، ثم تبين خطؤه ، فالضمان على المفتي ، فإن لم يكن المفتي أهلاً فلا يضمن ، لأن المستفتي مقصر ، وقال بعضهم : والمقرر في الفروع عدم الضمان مطلقاً ، لا على المجتهد ، ولا على المفتي وإن لم يكن عالماً ، لأن المباشرة مقدمة على السبب ، وعبارة «الروض وشرحه» «وإن تلف بفتواه ما استفتاه فيه ، ثم بان أنه خالف القاطع ، أو نص إمامه ، لم يغرم من

أفتاه ، ولو كان أهلاً للفتوى ، إذ ليس فيها إلزام» (اللحجي : ص ٩٤) .

٧ - إذا قتل الجلاّد شخصاً بأمر الإمام ظلماً ، وهو جاهل ، فالضمان على الإمام ، بخلاف ما إذا كان عالماً بظلمه أو خطئه ، فالضمان عليه (اللحجي : ص ٩٤) .

٨ - لو وقف ضيعة على قوم ، فصرفت غلتها إليهم ، فخرجت مستحقة ، ضمن الواقف لتغيره (اللحجي : ص ٩٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٤٧ - ٤٤٨ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٩ - ٨٠ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٩٣ - ٩٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٩ ، المنشور للزركشي ١/ ١٣٣ ، درر الحكام ١/ ٩١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٠ .

الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة (م/٥٩)

التوضيح :

الولاية - بالفتح - لغة : النصره ، وبالكسر : السلطة والتمكن ، واستعملت الثانية شرعاً في نفوذ التصرف على الغير شاء أو أبى .
وتكون الولاية عامة أو خاصة .

فالولاية العامة : هي سلطة على إلزام الغير ، وإنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه ، وتكون في الدين ، والدنيا ، والنفس ، والمال ، وتتعلق بمرافق الحياة وشؤونها ، من أجل جلب المصالح للأمة ودرء المفسد عنها ، والولاية العامة لها مراتب واختصاصات تتفاوت فيما بينها وتتدرج ، من ولاية الإمام الأعظم إلى ولاية نوابه وولاته وقضاته ، فإنه يلي على الجميع كتجهيز الجيوش ، وسد الثغور ، وجباية الأموال من حلها ، وصرفها في محلها ، وتعيين القضاة والولاة ، وإقامة الحج والجماعات ، وإقامة الحدود والتعازير ، وقمع البغاة والمفسدين ، وحماية بيضة الدين ، وفصل الخصومات وقطع المنازعات ، ونصب الأوصياء والمتولين ومحاسبتهم ، وتزويج الصغار والصغائر الذين لا ولي لهم ، وغير ذلك من صوالح الأمور .

وأما الولاية الخاصة فتكون في النفس والمال معاً ، وفي المال فقط .

والولاية على النفس والمال معاً تتفاوت قوة وضعفاً ، وتكون أربع

مراتب :

١ - قوية في المال والنفس : مثل ولاية الأب ، ثم الجد (أب الأب) وإن علا ، فإنهما يملكان تزويج الصغار على هذا الترتيب ، ومداواتهم ، والتصرف في أموالهم بشرط حرية وتكليف واتحاد في الدين ، وغير الإسلام من الأديان بمنزلة دين واحد .

٢ - ضعيفة في المال والنفس : مثل ولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب ، أو من الأقارب ، وكان هناك أقرب منه له ، فإن البعيد يلي على نفس الصغير وماله ولاية ضعيفة ، فإنه يملك تأديبه وإيجاره ودفعه في حرفة تليق بأمثاله ، ويشترى له ما لا بد له منه ، ويقبض له الهبة والصدقة ويحفظ له ماله .

٣ - قوية في النفس ضعيفة في المال : مثل ولاية غير الأب والجد من العصبات وذوي الأرحام ، فإنهم يملكون من التصرف في نفس الصغير والمجنون والمعتوه بالشروط السابقة ما يملكه الأب والجد عند عدمهما ، وبشرط الكفاءة ومهر المثل في النكاح بالنسبة لغير الابن ، أما الابن فلا يتقيد بالكفاءة ومهر المثل ، لأن ولايته في النفس كولاية الأب والجد ، بل هو مقدم عليهما ، وإن كانت في المال ضعيفة بمنزلة غيره من الأقارب .

ويملك هؤلاء الأولياء وأوصياؤهم شراء ما لا بد للصغير منه ، وقبض الهبة والصدقة له ، وحفظ ماله دون التصرف فيه ، ولو موروثاً له من قبل موصيهم .

٤ - قوية في المال ضعيفة في النفس : مثل ولاية وصي الأب أو الجد

او القاضي على الصغار فإنه يتصرف في مالهم تصرفاً قوياً ، ولكن تصرفه في أنفسهم ضعيف ، كتصرف من كان الصغير في حجره من الأجانب .

وأما ولاية المال فقط فولاية متولي الوقف ، وولاية الوصي في مال الكبير الغائب ، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة مطلقاً ، وبيع العقار لدين أو وصية لا وفاء لهما إلا ببيعه ، فيبيعه عليه ولو كان حاضراً إذا امتنع عن وفاء الدين .

وهذه الولاية ليست ناشئة عن نقص أهلية ، ولا علاقة لها بالنفس أصلاً ، وإنما هي ولاية مالية محضة ، يُفَوَّض صاحبها بحفظ المال الموقوف ، والعمل على إبقائه صالحاً بحسب شرط الوقف .

ويضاف لذلك السلطة التي جعلها الشرع بيد أهل القتل في استيفاء القصاص من قاتله ، أو العفو عنه إلى الدية ، أو مطلقاً ومجاناً .

وهذه الولاية الخاصة للأهل والأولياء والأوصياء والنظار تنتقل إلى السلطان بمقتضى ولايته العامة عند عدمهم ، لقوله ﷺ : « السلطان ولي من لا ولي له »^(١) فيمارسها السلطان بنفسه أو بواسطة أحد نوابه من ولاية وقضاة ونحوهم لمصلحة المولى عليه .

وإن اجتمعت الولايتان الخاصة والعامة فإن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، ولا تأثير للولاية العامة عند وجود الخاصة ، وإن تصرف الولي العام عند وجود الولي الخاص فتصرفه غير نافذ ، لأن كل ما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً أو امتلاكاً ، أي تمكناً ، وكلما كانت

(١) هذا الحديث رواه الإمام أحمد (٢٥٠/١) ، ٦ ، ٤٧ ، ٦٦ وأبو داود (٤٨١/١) والترمذي (٢٢٧/٤) وابن ماجه (٦٠٥/١) والحاكم (١٦٨/٢) والبيهقي (١٢٥/٧) ، (١٣٨) .

الولاية مرتبطة بشيء أخص مما فوقها بسبب ارتباطها به وحده ، كانت أقوى تأثيراً في ذلك الشيء مما فوقها من العموم ، وتكون الولاية العامة كأنها انفكت عما خُصصت له الولاية الخاصة ، ولم يبق لها إلا الإشراف ، إذ القوة بحسب الخصوصية لا الرتبة .

فمثلاً : متولي الوقف ، ووصي اليتيم ، وولي الصغير ، ولايتهم خاصة ، وولاية القاضي بالنسبة إليهم عامة ، وأعم منها ولاية إمام المسلمين ، فولاية المتولي وما عطف عليه أقوى من ولاية القاضي ، وولاية القاضي أقوى من ولاية الإمام (٢) .

وهذا ما تقضي به الأصول المقررة في علم الإدارة والقوانين الإدارية الحديثة اليوم ، وفقاً لقاعدة توزيع الصلاحيات والمسؤوليات ومبدأ التدرج ، فليس للموظف الرئيس أن يقوم هو بالعمل أو التوقيع العائد لمروؤسه ، ولكن إذا تمرد هذا الموظف المرؤوس عن عمله دون مسوِّغ ، يعزل ، وينصب غيره ، ليقوم بالعمل العائد إليه .

التطبيقات :

١ - إن القاضي لا يملك التصرف في الوقف مع وجود متولٍ عليه ، ولو من قبله ، حتى لو تصرف بإيجار أو قبض أو صرف لا ينفذ (الزرقا : ص ٣١٣ ، الدعاس : ص ٨١) .

٢ - إن القاضي لا ولاية له مع وجود الأب والجد (اللحجي : ص ٨٦) .

٣ - إن القاضي لا يملك التصرف في مال الصغير مع وجود وصي الأب ، أو وصي الجد ، أو وصي القاضي ، أما مع وصي غير من ذكر كوصي الأم

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١ - ١٧٢ .

- ومن شاكلها ممن كانت ولايته ضعيفة في المال من الأقارب فإنه يملك التصرف (الزرقا : ص ١٣١ ، الدعاس : ص ٨١) .
- ٤ - إن القاضي لا يملك تزويج الصغار مع وجود الولي إلا بعد عضله (الزرقا : ص ٣١٣) .
- ٥ - لو أذنت للقاضي أن يزوجهها بغير كفاء ، ففعل لم يصح على الأصح ، ولو زوجها الولي الخاص صح (الللحجي : ص ٨٦) .
- ٦ - يحق للولي الخاص استيفاء القصاص ، والعفو على الدية ، والعفو مجاناً ، وليس للإمام العفو مجاناً (الللحجي : ص ٨٦) .
- ٧ - لو زوج الإمام لغيبة الولي ، وزوجه الولي الغائب بآخر في وقت واحد ، وثبت ذلك بالبيّنة ، قدم الولي ، لأن الأصح في هذه الحالة أن تزويج الحاكم كان بالنيابة عن الولي الغائب ، بدليل عدم الانتقال إلى الأبعد ، وقيل إنه بطريق الولاية (الللحجي : ص ٨٦) .

المستثنى :

- ١ - إذا وجد القاضي صاحب الولاية العامة خيانة أو تقصيراً من صاحب الولاية الخاصة ، فللقاضي حق العزل ، ويتصرف مكانه ، لأن ولاية القاضي عامة ، وصيانة هذه الأموال من الحق العام ، فله التقدير فيه بمقتضى النظر العام ، وإن كان ليس له أن يباشر العقود عنهم مع وجودهم (أي الأولياء والأوصياء) (الدعاس : ص ٨١) .
- ٢ - أخرج بعضهم من القاعدة المذكورة ما نصوا عليه من أن الوصي لا يملك استيفاء القصاص إذا قتل مورث الصغير الذي تحت ولايته ، مع أن القاضي يملك استيفاءه ، فتكون الولاية العامة هنا أقوى من الولاية الخاصة .

وفي الحقيقة لا استثناء ؛ لأن ولاية استيفاء القصاص عن الصغير تابعة للولاية عن نفسه ، ولا ولاية على نفسه للوصي ، وما له من الولاية المتقدمة ضعيفة ولا تزيد على ولاية الأجنبي إذا كان الصغير في حجره (الزرقا : ص ٣١٣) .

٣ - إن المتولي لا يملك العزل والنصب لأرباب الجهات بدون أن يشترط الواقف ذلك له ، ويملكه القاضي بدون شرط (الزرقا : ص ٣١٣) .

٤ - يملك القاضي إقراض مال الصغير ، دون الأب والوصي (الزرقا : ص ٣١٣) .

٥ - يملك القاضي الاستقراض للوقف واستبداله بشروطه ، وإيجاره مدة طويلة عند مسيس الحاجة إلى تعميره ، ولا يملك المتولي ذلك (الزرقا : ص ٣١٣) .

٦ - يحق للقاضي التدخل مع الولي ، والوصي ، بالسبب العام ، فإنه يحاسب الأوصياء والأولياء والمتولين ، ويعزل الخائن ، وإن شرط الموصي أو الواقف عدم مداخلته (الزرقا : ص ٣١٣) .

٧ - يملك القاضي بالسبب العام إيجار عقار الوقف من المتولي ، أو ممن لا تقبل شهادته للمتولي ولو لم يكن هناك خيرية ، ولا يصح ذلك من المتولي نفسه (الزرقا : ص ٣١٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣١١ - ٣١٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس : ص ٨١ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٨٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١ ، درر الحكام ٥٨/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٦ ، المنشور للزركشي ٣/ ٣٤٥ .

فوائد:

الفائدة الأولى: ضابط الولاية:

الولي قد يكون ولياً في المال والنكاح كالأب والجدة ، وقد يكون ولياً في النكاح فقط كسائر العصبة غير الأب والجدة ، وكالأب فيمن طراً سفهها فإنه لا ولاية له إلا على البضع على الأصح ، وأما المال فالولاية فيه للقاضي ، والجدة كالأب في ذلك ، وقد يكون في المال فقط كالوصي ، فلو أوصى إليه بأن يزوج بطلت الوصية^(١) .

الفائدة الثانية: مراتب الولاية:

الولاية أربع مراتب :

الأولى : العليا : وهي ولاية الأب والجدة ، وهي عامة وثابتة شرعاً ، بمعنى أن الشارع فوض فيها التصرف في مال الولد لوفور شفقتهم ، وذلك وصف ذاتي لهما ، فلو عزلا أنفسهما لم ينعزلا بإجماع ، لأن المقتضي للولاية الأبوة والجدة ، وهي موجودة مستمرة لا يقدح العزل فيها ، لكن إذا امتنعا من التصرف تصرف القاضي ، وهكذا ولاية النكاح لسائر العصبات .

الثانية : السفلى : وهي الوكالة ، فالوكيل تصرفه مستفاد من الإذن ، مقيد بامثال أمر الموكل ، فلكل منهما العزل ، وحقيقته : أنه فسخ عقد الوكالة أو قطعه ، والوكالة عقد من العقود قابل للفسخ .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١ ، إيضاح القواعد ص ٨٧ .

الثالثة : بين المرتبتين ، وهي الوصاية ، فإنها من جهة كونها تفويضاً تشبه الوكالة ، ومن جهة كون الموصي لا يملك التصرف بعد موته ، وإنما جوزت وصيته للحاجة لشفقته على الأولاد وعلمه بمن هو أشفق عليهم تشبه الولاية ، وأبو حنيفة لاحظ الثاني ، فلم يجوز له عزل نفسه ، والشافعي لاحظ الأول ، فجوز له عزل نفسه على المشهور من مذهبه .

الرابعة : ناظر الوقف : يشبه الوصي من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض ، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله ، والوصي يتسلط الموصي على عزله في حياته بعد التفويض بالرجوع عن الوصية ، ومن جهة أنه يتصرف في مال الله تعالى ، فالتفويض أصله أن يكون منه ، ولكنه أذن فيه للواقف ، فهي ولاية شرعية ، ومن جهة أنه إما منوط بصفة كالرشد ونحوه ، وهي مستمرة كالأبوة ، وإما منوط بذاته كشرط النظر لزيد ، وهو مستمر فلا يفيد العزل ، كما لا يفيد في الأب ، بخلاف الوكيل والوصي ، فإنه يقطع ذلك العقد ، أو يرفعه ، كذا نقله السيوطي عن السبكي رحمهم الله تعالى أمين^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٢ ، إيضاح القواعد ص ٨٨ .

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (٧٨/م)

الألفاظ الأخرى :

- تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .
- منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم .

التوضيح :

إن نفاذ تصرف الراعي على الرعية ، ولزومه عليهم شأؤوا أو أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفه ، دينية كانت أو دنيوية ، فإن تضمن منفعة ما وجب عليهم تنفيذه ، وإلا ردّ ، لأن الراعي ناظر ، وتصرفه حينئذ متردد بين الضرر والعبث وكلاهما ليس من النظر في شيء .

والمراد من الراعي : كل من ولي أمراً من أمور العامة ، عاماً كان كالسلطان الأعظم ، أو خاصاً كمن دونه من العمال ، فإن نفاذ تصرفات كل منهم على العامة مترتب على وجود المنفعة في ضمنها ، لأنه مأمور من قبل الشارع ﷺ أن يحوطهم بالنصح ، ومتوعد من قبله على ترك ذلك بأعظم وعيد .

وهذه القاعدة ترسم حدود الإدارات العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاية وتصرفاتهم على الرعية ، فتفيد أن أعمال الولاية النافذة على الرعية يجب أن تبنى على المصلحة للجماعة وخيرها ، لأن الولاية من

ال خليفة فمن دونه ليسوا عمالاً لأنفسهم ، وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل ، ودفع الظلم ، وصيانة الحقوق والأخلاق ، وضبط الأمن ، ونشر العلم ، وتطهير المجتمع من الفساد ، وتحقيق كل خير للأمة بأفضل الوسائل ، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة ، فكل عمل أو تصرف من الولاية على خلاف هذه المصلحة مما يقصد به استثمار أو استبداد أو يؤدي إلى ضرر أو فساد ، هو غير جائز .

والأصل في هذه القاعدة قول الرسول ﷺ : «ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية ، يموت وهو غاش رعيته ، إلا حرم الله تعالى عليه الجنة» رواه البخاري ومسلم^(١) ، وقوله ﷺ : «ما من أمير يلي أمور المسلمين ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه ، إلا لم يدخل معهم الجنة» رواه مسلم والطبراني^(٢) ، وقوله ﷺ : «من استعمل رجلاً من عصابة ، وفيهم من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنون» رواه الحاكم^(٣) ، وقوله ﷺ : «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» رواه أحمد والحاكم^(٤) .

ونص على هذه القاعدة الإمام الشافعي رحمه الله تعالى وقال : «منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم»^(٥) وأصل ذلك ما أخرجه

(١) صحيح البخاري (١٠٧/٨) طبع دار الكتب العلمية) صحيح مسلم (٣/١٤٦٠ ترتيب فؤاد عبد الباقي) .

(٢) صحيح مسلم (٣/١٤٦٠ ترتيب فؤاد عبد الباقي) .

(٣) المستدرك للحاكم (٩٢/٤) وانظر الفتح الكبير ١٥٨/٣ ، الترغيب والترهيب للمنزري ١٧٩/٣ .

(٤) مسند الإمام أحمد (٦٦/٥) المستدرك (٣/١٢٣ ، ٣٥٦) وسيرد مفصلاً ص ٥١٥ .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٤ .

سعيد بن منصور في «سننه» عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، أنه قال : «أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم ، إن احتجت أخذت منه ، وإن أيسرت رددته ، فإن استغنيت استعفت»^(١) .

التطبيقات :

- ١ - لو عفا السلطان عن قاتل من لا ولي له لا يصح عفوهُ ولا يسقط القصاص ، لأن الحق للعامة ، والإمام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم ، وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً ، وإنما له القصاص أو الصلح (الزرقا : ص ٣٠٩ ، الدعاس : ص ٨٢) .
- ٢ - على الإمام أن يسوي في العطاء ، وإذا فاضل فإنه يفاضل على حسب الغناء ، وهو النفع للدين والمسلمين ، لا على حسب الهوى (الزرقا : ص ٣١٠) .
- ٣ - ليس لمتولي الوقف ، ولا للقاضي إحداث وظيفة في الوقف بغير شرط الواقف ، وإن كان في الغلة فضلة ، فلو قرر فراشاً لم يشترطه الواقف لا يحل له الأخذ ، لإمكان استئجار فراش بلا تقرير (الزرقا : ص ٣١٠) .
- ٤ - لو أجر المتولي عقار الوقف بغبن فاحش لا يصح (الزرقا : ص ٣١٠) .
- ٥ - لو زوج القاضي الصغيرة من غير كفاء ، أو قضى بخلاف شرط الواقف ، أو أبرأ عن حق من حقوق العامة ، أو أجل الدين على الغريم بدون رضا الدائن لم يجز (الزرقا : ص ٣١٠) .

(١) المرجع السابق .

٦ - لو صالح الولي أو الوصي عن الصغير صلحاً مضرراً به لا يصح ،
كما لو صالح الخصم قبل أن ينوي رد دعواه بالبينة ، أو قبل
الحوالة بدين الصغير على من ليس بأماً - أي أغنى - من
المحيل لا يصح (الزرقا : ص ٣١٠) .

٧ - لو دفع للوصي بمال اليتيم ألفاً ، ودفع آخر ألفاً ومائة ، والأول
أماً ، يبيع الوصي من الأول ، وكذا الإجارة يؤاجر بثمانية للأماً ،
لا بعشرة لغيره ، وكذا متولي الوقف (الزرقا : ص ٣١٠) .

٨ - ليس لولي الأمر أن يعفو عن عقوبات الحدود مطلقاً ، ولا عن
غيرها من الجرائم أو العقوبات إذا كان في ذلك تشجيع على
الإجرام واستخفاف بتتائجه ، ولا أن يهدر الحقوق الشخصية
للمجني عليهم بحال من الأحوال ، ولا أن يبطل أقضية القضاة
(الدعاس : ص ٨٢) .

٩ - ليس لإمام أو أمير أو قاض أن يمنع محاسبة من تحت أيديهم أموال
العامة أو القاصرين كالأوصياء والمتولين ، ولا أن يسمح بشيء من
المفاسد المحرمة شرعاً ، كالفسق والخمر والقمار ، ولو بحجة
جباية الأموال والضرائب منها ، ولا أن يولي غير أمين أو غير كفء
عمالاً من الأعمال العامة (الدعاس : ص ٨٢) .

١٠ - لا يجوز لأحد من ولاة الأمور أن ينصب إماماً للصلوات فاسقاً ،
وإن صححنا الصلاة خلفه ، لأنها مكروهة ، وولي الأمر مأمور
بمراعاة المصلحة ، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل
المكروه (الللحجي : ص ٦٢) .

١١ - إذا تخير الإمام في الأسرى بين القتل والرق والمن والفداء لم يكن له ذلك بالتشهي ، بل بالمصلحة ، حتى إذا لم يظهر وجه المصلحة يحبسهم إلى أن يظهر (اللعجي : ص ٦٢) .

١٢ - لو زوج بالغة بغير كفء برضاها لم يصح ، لأن حق الكفاءة للمسلمين ، وهو كالتائب عنهم فلا يقدر على إسقاطه في المعتمد ، وخالف بعض الشافعية في ذلك (اللعجي : ص ٦٢) .

المستثنى :

١ - لو سلم مال الصغير قبل قبض ثمنه ، لا يسترده للثمن ، بخلاف تسليم الصغيرة في باب النكاح (الزرقا : ص ٣١٠) .

٢ - إن الأب أو الجد إذا لم يكن سكراناً ، ولم يكن معلوماً بسوء الاختيار ينفذ تزويجه للصغير والصغيرة من غير كفء ، ولو بغبن فاحش (الزرقا : ص ٣١٠) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٠٩ - ٣١٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٢ - ٨٣ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي ص ٦٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٤ ، المشور للزركشي ٣٠٩/١ ، درر الحكام ٥٧/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٧ ، قواعد الأحكام للعلز ٧٥/٢ .

الباب الثالث

القواعد الكلية في المذهب الحنفي

نعرف في هذا الباب القواعد الكلية في المذهب الحنفي ، ومعظمها من قواعد «مجلة الأحكام العدلية» ومن الأشباه والنظائر لابن نجيم .

وهذه القواعد معظمها يتفق فيها المذهب الشافعي أيضاً ، وله فروعه الخاصة ، ومسائله ، وتطبيقاته على هذه القواعد ، ونص عليها السيوطي في «الأشباه والنظائر» والزرکشي في «المنثور في القواعد» وغيرهما من كتب الفقه الشافعي ، كما سنبينه إن شاء الله تعالى ، وإنما وضعناها باسم المذهب الحنفي لأنها الغالب والشائع عندهم في الصياغة والفروع .

لا مساغ للاجتهاد في مورد النص (م/١٤)

التوضيح :

إن المراد بالنص هو القرآن والسنة الثابتة والإجماع ، عموماً ، والمراد بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد معه هو المفسر والمحكم من القرآن والسنة ، وأما غيرهما من الظاهر والنص فلا يخلو من احتمال التأويل .

وبيان ذلك أن أقسام الدليل اللفظي بحسب الإفضاء إلى الأحكام ، أربعة أنواع عند الحنفية ، وهي :

- ١ - الظاهر : وهو ما ظهر المراد منه بصيغته ، مع احتمال التأويل .
- ٢ - النص : وهو ما ازداد وضوحاً على الظاهر ، بمعنى سيق له الكلام لأجله ، لا من نفس الصيغة ، مع احتمال التأويل أيضاً .
- ٣ - المُفسَّر : وهو ما ازداد وضوحاً على النص على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل ، لكنه يحتمل النسخ .
- ٤ - المُحكَّم : وهو ما أحكم المراد منه من غير احتمال تأويل ولا نسخ .

فحيث كان الأولان لا يخلوان عن احتمال التأويل يكون مساغ للاجتهاد وموجود معهما ، دون الثالث والرابع ، فلا يجوز الاجتهاد في مقابلة المفسر والمحكم .

والاجتهاد نوعان :

الأول : اجتهاد الفقهاء في فهم النص التشريعي في القرآن والسنة ، وهو بذل الوسع في معرفة الحكم من دليل .

الثاني : اجتهاد الفقهاء في قياس حكم لم يرد فيه نص على حكم منصوص عليه .

والاجتهاد بنوعيه لازم وضروري ، ولا يجتهد في القياس إلا عند عدم النص ، فيأتي قياس النظر على النظر ، ولا يجتهد في فهم النص إلا إذا كان غامضاً ومحتماً لوجوه مختلفة في تفسيره ، ويراد تطبيقه .

فإذا كان النص واضحاً فلا لزوم للاجتهاد فيه ، ويكون معنى القاعدة «لا مساع للاجتهاد في مورد النص» أن الحكم الشرعي حاصل بالنص ، فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله ؛ لأنه حاصل ؛ ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به حاصل بظني ، بخلاف الحاصل بالنص فإنه يقيني ، ولا يترك اليقيني للظني .

وهناك شروط للمجتهد ، وشروط للقياس تعرف في كتب أصول الفقه .

ومثل لفظ الكتاب والسنة لفظ الواقف ولفظ الموصي ، فإنهما كنص الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به ، ما لم يكن فيه تغيير لحكم الشرع ، فلو كان ، كما لو شرط أن المتولي أو الوصي : لا يحاسب ، فإن شرطه لا يراعى .

التطبيقات :

- ١ - قال رسول الله ﷺ : «البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر» رواه البيهقي^(١) ، فهو نص صريح واضح في توزيع البينة واليمين على الطرفين المتخاصمين لأجل الإثبات ، فلا يجوز الاجتهاد لصرف الحديث عن هذا التوزيع (الدعاس : ص ٥٥) .
- ٢ - يبطل القول بحل المطلقة ثلاثاً للأول بمجرد عقد الثاني عليها بلا وطء ، لمخالفته للنص الشرعي في الحديث الشريف (الزرقا : ص ١٤٨) .
- ٣ - يبطل القول بحل نكاح المتعة ، لمخالفته لنص الحديث الشريف (الزرقا : ص ١٤٨) .
- ٤ - يبطل القول بسقوط الدين بمضي سنين بلا مطالبة (الزرقا : ص ١٤٨) .
- ٥ - يبطل القول بالقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة ، وحلفه أيماناً على أنه هو القاتل (الزرقا : ص ١٤٨) .
- ٦ - يبطل القول بأن لا دخل للنساء في العفو عن دم العمد (الزرقا : ص ١٤٨) .
- ٧ - يبطل القول ببطلان إقرار المرأة ، وبطلان وصيتها بغير رضا زوجها ، وكل ذلك لعدم استنادها إلى دليل معتبر ، ولمخالفتها للنصوص الشرعية التي لا تحتمل التأويل (الزرقا : ص ١٤٨)^(٢) .

(١) سبق بيان هذا الحديث ص ١٣٥ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١٤٧ - ١٥٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٤ - ٥٥ ، شرح الكوكب المنير في أصول الفقه ٤/ ٥٠٥ ، درر الحكام ١/ ٣٢ .

ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس (م/١٥)

الألفاظ الأخرى :

ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه .

التوضيح :

القياس : هو جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه ، بعلّة واحدة فيهما ، وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى : ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾ الحشر/ ٢ ، لأن الاعتبار هو النظر الثابت لأي معنى ثبت ، وإلحاق نظيره به ، وهو القياس بعينه .

وشرط الاستدلال بالقياس عدم وجود النص في المقيس عليه ؛ لأن القياس إنما يصار إليه ضرورة خلو الفرع عن حكم ثبت له بطريق التنقيص ، فإذا وجد التنقيص على الحكم فلا قياس .

والاستدلال في بعض المسائل بالنص والقياس معاً إنما هو لأجل أن الخصم إن طعن في النص بأنه منسوخ أو غير متواتر ، أو غير مشهور ، أو مؤول ، يبقى القياس سالماً لا مطعن فيه ، لا لأنه دليل على تقدير سلامة النص من الطعن .

وليس القياس عملاً بالظن ، كما يقول البعض ، بل هو عمل بغالب الظن وأكبر الرأي ، والعمل بغالب الظن واجب ، وإن بقي معه ضرب احتمال .

والمماثلة بين المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه غير واجبة لصحة القياس ، بل الواجب المماثلة في علة الحكم فقط .

ومعنى القاعدة : أن الحكم الشرعي إذا كان ثابتاً بنص القرآن أو السنة أو الإجماع ، ووارداً معدولاً به عن سنن القياس ، لا يجوز أن يقاس عليه غيره ، بأن يثبت مثل ذلك الحكم للغير لعلامة جامعة بينهما ، وذلك لوجود اعتبارات تشريعية خاصة بها ، فغير هذه الأحكام لا يقاس عليها ، لأنها وردت على خلاف القواعد العامة الثابتة في الشريعة .

التطبيقات :

قد ثبت على خلاف القياس أحكام شرعية كثيرة ، تفوق الحصر ، فيقتصر فيها على مورد النص ، ولا يقاس عليها غيرها ، منها :

١ - شهادة خزيمة : فقد قبلها الرسول عليه الصلاة والسلام من خزيمة وحده ، مع أن نصاب الشهادة إثنان ، وقد روى أبو داود أن رسول الله ﷺ اشترى ناقة من أعرابي ، وقال : هَلُمَّ شَهِيداً ، فقال : من يشهد لي ، ولم يحضرني أحد ، فقال خزيمة : أنا أشهد ، يا رسول الله أنك أوفيت ، فقال ﷺ : كيف تشهد لي ، ولم تحضرني؟ فقال : يا رسول الله ، إنا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء ، أفلا نصدقك فيما تخبر به من ثمن الناقة ، فقال عليه الصلاة والسلام : «من شهد له خزيمة فهو حسبه»^(١) ، فلا تقبل شهادة مسلم واحد بمفرده ، ولو كان مثل خزيمة أو أفضل منه . (الدعاس : ص ٥٦) .

(١) هذا الحديث رواه أبو داود (٢٦٧/٢) والنسائي (٢٦٦/٧) وأحمد (٢١٦/٥) والبيهقي (١٤٦/١٠) .

٢ - كفارة الأعرابي : في الإفطار التي رواها الستة إلا النسائي ، وخلاصتها أن أعرابياً واقع أهله في رمضان ، فأتى النبي ﷺ ، فعرض عليه عتق رقبة ، فأظهر العجز ، ثم عرض عليه صيام ستين يوماً ، فأظهر العجز ، فأعطاء النبي ﷺ تمرأ يتصدق به ، فقال الأعرابي «ما بين لابتيها أهل بيت أفقر منا» ، فقال له : «أطعمه أهلك»^(١) فلا يقاس على الأعرابي مسلم آخر بإطعام كفارته لأهله (الدعاس : ص ٥٦) .

٣ - بيع السلم : فقد ورد مخالفاً للحديث «لا تبع ما ليس عندك» رواه أصحاب السنن^(٢) ، لكن ورد فيما يشبهه «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم»^(٣) فلا يقاس عليه غيره وفي بيع المعدوم (الدعاس : ص ٥٧) .

٤ - الإجارة : وهي بيع المنافع ، وهي معدومة عند العقد ، وبيع المعدوم باطل ، فهي على خلاف القياس ، وجوزت للضرورة ، وهي الحاجة إليها ، فلا يقاس عليها ، فإن المعتمد في المذهب أن القياس يترك فيما فيه ضرورة ، ولكن يقتصر فيها على موضع الحاجة ، ولا يقاس عليها ما لا حاجة فيه ، فلا يجوز إيجار متحدي

(١) هذا الحديث رواه البخاري (٦٨٤/٢) ومسلم (٢٢٤٧) وأبو داود (٥٥٧/١) ومالك (لموطأ ص ١٩٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) هذا حديث صحيح رواه أبو داود (٢٥٤/٢) والترمذي (٤٣٠/٤) والنسائي (٢٥٤/٧) وابن ماجه (٧٣٧/٢) وأحمد (٤٠٢/٣ ، ٤٣٤) .

(٣) هذا الحديث رواه البخاري (٧٨١/٢) ومسلم (٤١/١١) وأبو داود (٢٤٦/٢) والنسائي (٢٥٥/٧) والترمذي (٥٣٩/٤) وابن ماجه (٧٦٥/٢) والشافعي (بدائع المنن ١٨٦/٢) والبيهقي (٢٤/٦) .

المنفعة مقايضة ، كسكنى دار أو حانوت بسكنى نظيره ، لعدم الحاجة إليها (الزرقا : ص ١٥٢ ، الدعاس : ص ٥٧) .

٥ - الوصية : فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وهي حالة تنقطع فيها حقوق الإنسان في أمواله ، وتتعلق حقوق الورثة ، وقد شرعت ليتدارك الإنسان ما فاته من أعمال البر في حياته ، فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات إلى ما بعد الموت ، كالبيع والإجارة والإعارة بأن يعقدها الشخص في حال حياته مضافة لما بعد الموت (الدعاس : ص ٥٧ ، الزرقا : ص ١٥٢) .

٦ - المزارعة والمساقاة : فإن القياس عدم جوازهما ، لأنهما استئجار للمزارع والمساقى ببعض الخارج من عملهما ، وهو منهي عنه ، ولكنهما جوزتا لورود الأثر فيهما ، فلا يقاس عليهما غيرهما مما فيه استئجار ببعض الخارج من العمل ، كعصر الزيتون والسمسم وغزل القطن بجزء من زيتة ، أو شيرجه ، أو غزله مثلاً (الزرقا : ص ١٥٢) .

٧ - التحالف : وهو اليمين من المدعى والمدعى عليه ، فإنه ثبت على خلاف القياس إذا كان المبيع مقبوضاً ، فلا يقاس عليه النكاح مثلاً ، أما قبل قبض المبيع فهو على القياس ، لأن كلاً من البائع والمشتري مدع ومدعى عليه (الزرقا : ص ١٥٢) .

٨ - السلم والاستصناع ، فهما على خلاف القياس في بيع المعدوم عند العقد ، فلا يقاس عليهما (الزرقا : ص ١٥٢) ^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١٥١ - ١٥٣ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٦ - ٥٧ ، درر الحكام ٣٣/١ .

إذا زال المانع عاد الممنوع (م/٢٤)

التوضيح :

المانع : كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره .

ومعنى القاعدة : أن كل حكم إذا كان جوازه لمانع فإذا زال المانع عاد الممنوع ، وهو عدم الجواز ، وكذلك إذا كان الحكم حراماً لمانع ، فإذا زال المانع عاد الحكم مباحاً أو مندوباً أو واجباً .

والمراد بلفظ «عاد» من قولهم : «عاد الممنوع» : ظهر أو حصل ، ليشمل ما وجد في أصله ممتنعاً بمانع ثم زال .

وهذه القاعدة تفيد عكس ما تفيد القاعدة الأخرى «ما جاز لعذر بطل بزواله» (م/٢٣) ، التي تفيد حكم ما جاز بسبب ثم زال ، وهذه القاعدة تفيد حكم ما امتنع لسبب ثم زال السبب المانع .

التطبيقات :

- ١ - لو أوصى لوارث ، ثم امتنع إرثه بمانع ، صحت ، كما لو أوصى لأخيه ثم ولد له ابن ثم مات الموصي (الزرقا : ص ١٩١) .
- ٢ - لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة ، ثم قسم وسلمها صحت الهبة (الزرقا : ص ١٩١) .

٣ - لو وهب عيناً لآخر ، فزاد الموهوب له فيها زيادة متصلة غير متولدة حتى امتنع حق الرجوع ، فإذا زالت تلك الزيادة عاد حق الرجوع (الزرقا ص ١٩١) .

٤ - لو عوّض الموهوب له الواهب عن هبته امتنع حق الرجوع ، فإذا استحق العوض عاد حق الرجوع (الزرقا : ص ١٩٢) .

٥ - لو انهدمت الدار المأجورة سقطت الأجرة ، فإذا بناها المؤجر في المدة قبل أن يفسخ المستأجر الإجارة عادت في المستقبل (الزرقا : ص ١٩٢) .

٦ - لو اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع فله ردّه ، ولكن إذا حدث عنده عيب آخر امتنع الرد ، فإذا زال العيب الحادث ، ولو بمدّاة المشتري ، عاد حق الرد ، فالعيب الجديد مانع من حق الرد بخيار العيب ، فإن زال المانع عاد حق الرد وهو الممنوع (الزرقا : ص ١٩٢ ، الدعاس : ص ٥٨) .

٧ - الصغر مانع لأداء الشهادة ، فإذا تحمل الصبي المميز شهادة ، ثم بلغ قبلت منه (الدعاس : ص ٥٨) .

٨ - الأم التي من أهل الحضانة إذا سقط حقها من حضانة الولد لمانع ، كأن تزوجت من أجنبي مثلاً ، ثم طلقها الزوج ، أو مات عنها ، عاد حقها لزوال المانع (الزرقا : ص ١٩٤ ، الدعاس : ص ٥٨) .

٩ - لو رهن المشتري المبيع فاسداً امتنع حق الفسخ ، فإذا افتكه عاد الفسخ لو لم يكن قضي على المشتري بقيمته ، فالأصل أن المانع

إذا زال بما هو فسخ من كل وجه كفك الرهن ، والرجوع في الهبة ، ورد المبيع على المشتري (الذي هو البائع الثاني) بعيب بعد قبضه بقضاء ، فللبائع فاسداً حق الفسخ لو لم يقض بقيمته ، ولو زال المانع بسبب هو بمنزلة عقد جديد في حق الغير ، كأن رد على المشتري بعد القبض بعيب براض بطل حق البائع في الرد ، كأنه اشتراه ثانياً ، ولو قضي بقيمته بطل حق الاسترداد في الوجوه كلها (الزرقا : ص ١٩٢) .

١٠ - لو اشتراه فرهه ، ثم اطلع على عيب قديم عند البائع ، يمتنع الرد ، فإذا افتكّه فله رده (الزرقا : ص ١٩٢) .

١١ - لو شهد وهو صبي ، أو أعمى ، وقد تحملها بصيراً ، فردت ، ثم بلغ الصبي أو أبصر الأعمى ، فشهد بها تقبل ، والأصل : أنه إذا ردت شهادته لتهمة فزالت ثم شهد لا تقبل ، وإن ردت لشبهة فزالت ، ثم شهد بها تقبل (الزرقا : ص ١٩٢) .

١٢ - لو تناقض المدعي في دعواه ، ثم ارتفع التناقض بتصديق الخصم ، أو بتكذيب الحاكم ، فإن دعواه تسمع (م/١٦٥٣ ، ١٦٥٤) (الزرقا : ص ١٩٢) .

١٣ - لو أقر لآخر بعين في يد غيره ، فإن إقراره لا يعمل عمله ، ولكن إذا ملكها المقر يوماً ما فإن المقر له يطالبه بموجب إقراره (الزرقا : ص ١٩٢) .

١٤ - لو أذن الراهن للمرتهن باستعمال الرهن أو إعارته ، فاستعمله أو

أعاره ، فإنه يخرج من ضمانه ، فلو هلك في أثناء ذلك يهلك أمانة ، فإذا انتهى العمل عاد رهنا (الزرقا : ص ١٩٣) .

١٥ - لو زال سبب الفساد في المجلس فإنه ينقلب البيع صحيحاً في بعض المفسدات . (الزرقا : ص ١٩٣) .

١٦ - لو شرى شيئاً بعقد فاسد ، فتعيب عنده ، لا بفعل البائع ، ثم فسخ البيع بسبب الفساد ، وأخذ البائع المبيع ونقصان العيب ، ثم زال العيب يسترد المشتري من البائع ما دفعه له من نقصان العيب (الزرقا : ص ١٩٣) .

١٧ - لو أذن المستأجر للمؤجر بيع المأجور فباعه حتى انفسخت الإجارة ، ثم ردّ المشتري العين المبيعة بطريق هو فسخ (كما إذا ردها بعيب قبل القبض ، أو بعده بقضاء) تعود الإجارة ، وبه يفتى (الزرقا : ص ١٩٣) .

١٨ - لو أجر إجارة مضافة ثم باع المأجور أو وهبه قبل مجيء الوقت فإن الإجارة تبطل ، (وهذا مبني على المعتمد في المذهب من عدم لزوم الإجارة المضافة ، ولكن المجلة على خلافه) فلو رد عليه بعيب بقضاء أو رجع في الهبة قبل الوقت عادت الإجارة (الزرقا : ص ١٩٣) .

١٩ - لو وكله ببيع شيء ، ثم باعه الموكل ، ثم ارتفع البيع بما هو فسخ من كل وجه (كأن رد عليه بعيب قضاءً) فإن الوكيل لو باع والحالة هذه يصح (الزرقا : ص ١٩٣) .

٢٠ - لو نشزت الزوجة ، ثم عادت إلى بيت زوجها ، فإنه يعود إليها
استحقاق النفقة ، لزوال المانع وهو النشوز (الزرقا : ص ١٩٤) .

وقد يتوهم أن حق حضانة الأم إذا تزوجت ، والزوجة إذا نشزت ،
أنهما قد سقط فيهما الحق ثم عاد على سبيل الاستثناء من قاعدة
«الساقط لا يعود» (م/ ٥١) ، لكن نص العلماء على أن هذا من قبيل
زوال المانع ، وعودة الممنوع ، لأن الحق فيهما لا يسقط (الزرقا :
ص ١٩٤)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ١٩١ - ١٩٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٥٧ -
٥٨ ، درر الحكام ٣٩/١ .

ليس للمظلوم أن يظلم غيره (م/٩٢١)

التوضيح :

الظلم حرام وممنوع في الشريعة ، ولا تقره في حال من الأحوال ، والشروع في الظلم والابتداء به حرام ، ولصاحبه إثم كبير في الدنيا والآخرة ، فإن وقع منه ظلم ، فليس للمظلوم أن يظلم الظالم ولا غيره ، أصلاً ، بل له أن يتخلص من ظلمه ، ويأخذ الحق منه ، ويسعى وراء ردعه عن الظلم بما يكفي رادعاً لأمثاله عن المعاودة ، كما يعلم ذلك من أحكام التعزير ، أما ما زاد عن ذلك فلا يجوز ، قال الله تعالى : ﴿ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل ، إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ، ويبغون في الأرض بغير الحق﴾ (الشورى/ ٤١-٤٢) ، ولقوله ﷺ : «اتقوا الظلم فإن الظلم ظلّمت يوم القيامة» رواه مسلم^(١) وقوله ﷺ : «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً . . . بمنعه (الظالم) عن ظلمه»^(٢) .

فالقاعدة بإطلاقها شاملة للظالم والمظلوم ، وهي بمعنى قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» (م/١٩) .

(١) صحيح مسلم ١٣٤/١٦٠ رقم ٢٥٧٨ ، مسند أحمد (٩٢/٢ ، ١٠٦ ، ١٣٦) .

(٢) هذا الحديث رواه البخاري (٨٦٣/٢) وأحمد (٩٩/٣ ، ٢٠١) والترمذي (الفتح الكبير ٢٨٠/١ ، ٢٨١) .

التطبيقات :

١ - لا يُجوزُ الشرع لأحد الاعتداء على حق أحد ، ولو كان غاصباً ، فلو غصب أرضاً مثلاً ، وزرعها فجاء ربُّها ، فإما أن يكون الزرع قد نبت أولاً ، فإن كان نبت واستحصد فهو للغاصب ، وللمالك أن يرجع بنقصان أرضه ، وإن كان نبت ولم يستحصد فللمالك أن يأمر الغاصب بقلعه وتفريغ ملكه ، فإن أبى يقلعه بنفسه ، أو يرفع الأمر للحاكم لقلعه ، وإن كان لم ينبت ، فالمالك مخير إن شاء تركها حتى ينبت فيأمره بقلعه ، وإن شاء أعطاه ما زاد البذر في الأرض ، فتقوم مبدورة ببذر يجب قلعه إذا نبت ، وتقوم غير مبدورة ، فيعطى فضل ما بينهما ، وهو الأصح ، وعن أبي يوسف : أنه يعطيه مثل بذره ، وهو المختار .

فحفظ الشارع حق الغاصب ، ولم يتساهل فيه ، بل أوجب له ما زاد بذره في قيمة الأرض ، على ما هو الأصح ، أو أوجب له مثل بذره على ما هو المختار ، مع كونه ألقاه باختياره في أرض الغير بلا حق يسوّغ له ذلك ، لأن فعله لا يخرج البذر عن كونه ملكاً له محترماً ، فلا يجوز ظلمه بتفويته عليه بلا عوض ، وذلك غير ناف لوجوب ردعه عن ظلمه بما يكفي زاجراً له عن العود إلى مثله (الزرقا : ص ١٧٦) .

٢ - من غصب ثوباً فصبغه ، فالمالك مخير بين ترك الثوب له وأخذ قيمته منه غير مصبوغ ، وبين أخذه مصبوغاً ويعطي للغاصب ما زاد الصبغ فيه (الزرقا : ص ١٧٧) .

٣ - لا يجوزُ الشرع مجاوزة الحد في تضمين الغاصب غير ما تناوله

فعله وورد عليه مباشرة ، ولذا كانت زوائد المغصوب أمانة عنده لا تضمن بغير تعدٍ أو منع لها عن المالك ، فلو غصب بقرة مثلاً فولدت عنده ، فهلك الولد في يده بدون تعدٍ ، ولا منع له عن المالك ، أو غصب كرمًا مثلاً فأنثر في يده ، ثم هلك الثمر كذلك بلا تعد ، ولا منع له عن المالك ، يهلك أمانة ، لأنه لم يرد عليه الغصب مباشرة (الزرقا : ص ١٧٧) .

٤ - من أتلف لغيره مثلياً ، ثم التقيا في بلد آخر ، وكانت قيمة المتلف من المثلي فيه أكثر من قيمته في بلد الغصب ، فالغاصب مخير بين إعطاء مثله وإعطاء قيمته المعتبرة في بلد الغصب ، ما لم يرض المالك بتأخير المطالبة بالمثل إلى بلد الغصب ، فلم يوجب الشرع المثل في الصورة المذكورة على الغاصب حتماً ، بل خيرَه وسوغ له دفع القيمة ، مع أن المثلي مضمون بمثله ، ولم يجوز إضراره وإن كان ظالماً ، ولذا يُشترط في دعوى الغصب للمثلي غير النقيدين ذكر مكان الغصب ، ليعلم هل للمدعي حق المطالبة (الزرقا : ص ١٧٧) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ص ١٧٦ .

**من سعى في نقض ما تمّ من جهته
فسعيه مردود عليه (م/١٠٠)**

التوضيح :

إن من أبرم أمراً بإرادته واختياره ، ثم أراد نقض ما تمّ ، فلا يقبل ، ويكون سعيه مردوداً عليه ، لأنه والحالة هذه يكون متناقضاً في سعيه بذلك مع ما كان أتمه وأبرمه ، والدعوى المتناقضة لا تسمع ، لما فيها من التعارض والمنافاة هنا بين الشيء الذي تم من قبله وبين سعيه الأخير في نقضه .

ولا فرق بين ما تمّ من جهة المرء بين أن يكون تمّ من جهته حقيقة ، كما إذا فعل ذلك بنفسه ، أو يكون تمّ من جهته حكماً ، كما إذا كان ذلك بواسطة وكيله ، أو صدر من مورثه فيما يدعيه بحكم الوراثة ، فإن السعي في نقضه لا يسمع منه ، لأن الوكيل مع الموكل ، والمورث مع الوارث ، بمنزلة شخص واحد .

التطبيقات :

- ١ - لو أقر ، ثم ادّعى الخطأ في الإقرار ، وأراد أن يرجع عن إقراره السابق ، فإنه لا يسمع منه ولا يصح (الزرقا : ص ٤٧٥ ، الدعاس : ص ٦١) .

٢ - إذا ضمن شخص الدرك لمشتري الدار ، ثم ادعى شفعة فيها أو ملكا لها ، فإنه لا يسمع منه ، لأن ضمان الدرك للمشتري يتضمن بلا شك تقرير سلامة المبيع له ، ودعواه الشفعة أو الملك فيها تنقضه ، فلا تسمع (الزرقا : ص ٤٧٥) .

٣ - لو بادر شخص إلى اقتسام التركة مع الورثة ، ثم ادعى بعد القسمة أن المقسوم ماله ، فإنه لا تسمع دعواه (م/١٦٥٦) ؛ لأن إقدامه على القسمة فيه اعتراف منه بأن المقسوم مشترك للورثة (الزرقا : ص ٤٧٥) .

٤ - وكذلك لو تقاسم الورثة التركة ، ثم ادعى أحدهم أنها ملكه ، وأراد نقض القسمة ، لا تسمع دعواه ؛ لأن إقدامه على المقاسمة هو إقرار ضمني بحقوق من قاسمهم فيها (الدعاس : ص ٦١) .

٥ - إذا باع شخص أو اشترى ، ثم ادعى أنه كان فضولياً عن شخص آخر ، وأن المالك أو المشتري لم يُجز العقد ، لم يسمع منه ذلك الادعاء (الزرقا : ص ٤٧٥ ، الدعاس : ص ٦١) .

٦ - لو تراكت نفقة الزوجة المقضي بها ، أو المتراضى عليها ، ولم تكن مستدانة بأمر القاضي ، فطلقها بائناً لتسقط النفقة المتراكمة في ذمته ، لا لذنب منها ، فإنه يرد قصده ، ويرد سعيه عليه .

والأمر ظاهر في هذا الفرع في صورة ما إذا كانت النفقة متراضى عليها ، وأما إذا كانت مقضياً بها فيمكن أن يقال : إنها تمت من جهته بعقد النكاح ، فإن النفقة تجب بالعقد إذا لم تمنع نفسها عنه (الزرقا : ص ٤٧٦) .

٧ - لو باع أحد الشريكين في كرم حصته من شريكه بيعاً جائزاً (أي بيعاً بالوفاء) ثم باعه من آخر باتاً حتى توقف على إجازة شريكه المشتري وفاءً ، فأجاز شريكه ، فهل لشريكه حق الشفعة؟ فعلى قول : ليس له ذلك ، وذلك أن عدم ثبوت الشفعة له لكونه بدعوى الشفعة يكون ساعياً في نقض ملك المشتري الذي تمّ من جهته بالإجازة ، فلا تسمع منه (الزرقا : ص ٤٧٦) .

المستثنى :

١ - إذا كان العقد الذي تمّ من جهته له مساس بحق قاصر ، أو وقف ، فيجوز له نقضه ، كما إذا باع الأب أو الوصي أو المتولي مال الصغير القاصر أو الوقف ، ثم ادعى وقوع غبن فاحش فيه ، فإن دعواه تسمع (الزرقا : ص ٤٧٧ ، الدعاس : ص ٦١) .

٢ - إذا اشترى شخص أرضاً ، ثم ادّعى أن بائعها كان جعلها مقبرة أو مسجداً ، فإنه يقبل ، لأن ذلك يمسّ حقوق الجماعة (الزرقا : ص ٤٧٧) .

٣ - إذا اشترى الأب داراً لابنه الصغير ، والأب شفيعها ، كان للأب أن يأخذها بالشفعة عند الحنفية . مع أن إجازة مشتري الوفاء للبيع البات ليست بأقوى من مباشرة الأب الشراء لابنه الصغير لنفسه ، مع أن الشريك المجيز ليس له الشفعة .

والفرق أن المشتري بتاتاً في مسألة الشريك يملك العقار بعد إجازة مشتري الوفاء بالاستناد إلى العقد السابق الحاصل قبل

الإجازة ، وبالإجازة يكون قد رضي بتملك ذلك المشتري ، وبهذه الإجازة أسقط حقه بالشفعة .

أما في مسألة الأب فإن حق الشفعة إنما يثبت له مع فراغه من إجراء عقد الشراء لابنه ، فإذا طلب الشفعة مع تمام العقد بلا فاصل فلا يكون قد حصل منه رضا بتسليم الشفعة بعد ثبوتها ، وأما رضاه المستفاد من إقدامه على الشراء فلا عبرة به ، لأنه إنما كان قبل ثبوت حق الشفعة ، والحق قبل ثبوته لا يقبل الإسقاط .

أو يقال : إن كلاً من إجازة الشريك وإقدام الأب على الشراء لابنه يفيد الرضا المسقط للشفعة ، ولكن إجازة الشريك تفيد رضاه بعد ثبوت حق الشفعة له ، لأن المشتري يملك المبيع بعد الإجازة بالعقد السابق ، أما رضا الأب المستفاد من إقدامه على الشراء لابنه فإنما كان قبل ثبوت حق الشفعة له ، لأن الشفعة تثبت بعد العقد ، والحق لا يقبل الإسقاط قبل ثبوته ، ولذا اشترطوا أن يكون طلب الأب للشفعة إثر الشراء بلا فاصل ، فيقول : اشتريت وأخذت بالشفعة (الزرقا : ص ٤٧٦) .

٣ - لو اشترى العين المأجورة ، أو العين المرهونة بدون إذن المستأجر أو المرتهن عالماً بأنها مأجورة ، أو بأنها مرهونة ، فإنه يبقى على خياره ، كما هو الصحيح الذي عليه الفتوى ، إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء انتظر انتهاء مدة الإجازة ، أو فكاك الرهن ، فهو في صورة اختياره فسخ البيع ساعٍ في نقض ما تمّ من جهته ، ولم يردّ عليه سعيه .

والظاهر أن وجهه أن الخيار - والحالة هذه - لم يجب بتمليك
البائع إياه لخيار الشرط ، حيث يسقط بمفيد الرضا ، بل وجب بإيجاب
الشرع له كخيار الرؤية ، ولذا لا يسقط بالإسقاط الصريح (الزرقا :
ص ٤٧٧) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٧٥ - ٤٧٨ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦١ ،
درر الحكام ٩٩ / ١ .

البقاء أسهل من الابتداء (٥٦/م)

التوضيح :

البقاء : هو بقاء الحكم في خلال تنفيذه أو في أثنائه ، والابتداء عند إنشاء الحكم وإيجاده ، وإن بقاء الحكم هو استصحاب لوجوده وإنشائه ، فيكون الأمر فيه أسهل من ايجاده لأول مرة .

وهذه القاعدة هي أصل لقاعدة «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء» (م/٥٥) ، وتجري الفروع والأحكام معاً فيهما ، وقد تعتبر هذه القاعدة بمثابة تعليل للقاعدة المذكورة .

التطبيقات :

١ - إن هبة الحصة المشاعة فيما يحتمل القسمة كأرض وبستان لا تصح ، لكن إذا وهب رجل أرضاً أو بستاناً من آخر ، فاستحق من تلك الهبة حصة شائعة ، لا تبطل الهبة في حق الباقي ، مع أنه صار بعد الاستحقاق حصة شائعة ، لأن البقاء أسهل من الابتداء ، فيغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء (الدعاس : ص ٦٢ ، الزرقا : ص ٢٩٣) .

٢ - إن القضاء يتخصص بالزمان والمكان ، فالحاكم المأذون بالحكم في مدة معينة لو حكم قبلها لا ينفذ حكمه ، لكن لو أجاز ذلك

الحكم في المدة المأذون فيها صح (الدعاس : ص ٦٢) .

٣ - إن الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل ، لكنه لو باع فضولي ، فأجازه
صح ذلك (الدعاس : ص ٦٢)^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٩٧ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦١ - ٦٢ ،
المنثور للزركشي ٣/ ٣٧٢ ، درر الحكام ١/ ٥٦ .

إذا بطل الأصل يصار إلى البديل (م/٥٣)

الألفاظ الأخرى :

إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل .

التوضيح :

إذا بطل الأصل بأن صار متعذراً فإنه يصار إلى البديل ، لأنه يجب أداء الأصل ما دام ممكناً ، ولا يصار إلى البديل ، فيجب رد عين المغصوب إذا كان قائماً في يد الغاصب ، لأنه تسليم عين الواجب ، وهو الأصل على الراجح ، لأنه ردُّ صورةً ومعنى ، وتسليم البديل رد معنى فقط ، وهو مخلّص وخلف عن الواجب ، والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل .

فإذا تعذر إيفاء الأصل بالفوات ، أو التفويت فإنه يصار إلى البديل .

التطبيقات :

١ - من غصب شيئاً فيجب رد عين المغصوب على الوجه الذي ورد عليه دون نقص أو تغيير ، ما دامت العين قائمة ، فإذا هلك المغصوب ، أو تعذر رد الأصل بأن كان هالِكاً أو مستهلكاً فيجب حينئذ رد بدله من مثل أو قيمة (م/ ٨٩١) (الزرقا : ص ٢٨٧ ، الدعاس : ص ٦٧) .

٢ - وكذا كل ما هلك من الوديعة والعارية ، وما شاكل ذلك ، بالتعدي أو التقصير ، فإنه يرد بدله من مثل أو قيمة ، لأنه لما تعذر الأصل صير إلى البديل (الدعاس : ص ٦٧) .

٣ - لو عقد الإجارة على شهر ، فإن وقع العقد في ابتداء الشهر اعتبر الهلال ، إذ هو الأصل ، وإن عقد في أثناء الشهر تعذر اعتبار الأصل ، وهو الهلال ، فيصار إلى البديل وهو الأيام .

٤ - لو باع بالوكالة عن المالك ، وكان للمشتري دين على الموكل ودين على الوكيل ، تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ، فإذا لم يكن له دين على الموكل ، بل كان دينه على الوكيل فقط ، وقعت المقاصة به ، ويضمن الوكيل للموكل ، لأنه قضى دينه بماله (الزرقا : ص ٢٨٧) .

٥ - إن الغاصب إذا أعطى للمغصوب منه رهنا بعين المغصوب ، ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب ، فإن الرهن يكون حينئذ رهناً بديلها من مثل أو قيمة (الزرقا : ص ٢٨٨) .

٦ - لو أعطى المسلم إليه لرب السلم رهناً بعين المسلم فيه ، ثم انفسخ عقد السلم بوجه ما ، فإن الرهن يصير رهناً برأس مال السلم الذي قبضه المسلم إليه (الزرقا : ص ٢٨٨) .

٧ - يجب تسليم عين بدل الإجارة إذا كان عرضاً ، فإذا هلك العرض قبل تسليمه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ (الزرقا : ص ٢٨٨) .

٨ - لو ادعى داراً ، فقال ذو اليد : إنه وقف على الفقراء ، وأنا متول عليه ، صح إقراره ، ويكون وقفاً ، فلو أراد المدعي تحليفه ليأخذ الدار لو نكل لا يحلّف اتفاقاً ، ولو أراد تحليفه ليأخذ القيمة فعلى

قياس قول محمد يحلفه ، وإن نكل يأخذ منه القيمة ، ويفتى بقول محمد (الزرقا : ص ٢٨٨) .

٩ - لو أقر بالدار لابنه الصغير ، فإنه يستحلف لأخذ قيمتها منه (الزرقا : ص ٢٨٨) .

١٠ - لو ادّعى على الورثة عيناً كان وقفها مورثهم في صحته ، فأقروا له ، ضمنوا قيمة العين من التركة ، ولا يبطل الوقف بإقرارهم ، ولو أنكروا فله تحليفهم لأخذ القيمة ، أما لو أراد تحليفهم لأخذ الوقف ، فلا يمين له عليهم .

والوجه في هذا أن الورثة إذا كان إقرارهم للمدعي بالملكية لا يكفي لأن يلغو الوقف ، ويأخذ المدعي العين الموقوفة ، فإن نكولهم عن اليمين لا يكفي لأخذ الوقف بطريق الأولية ، إذ النكول عن اليمين ليس أقوى من الإقرار ، فلا بدّ للحكم ببطلان الوقف من أن يثبت المدعي دعواه الملكية بالبيّنة ، وفقاً للقاعدة في دعاوى الاستحقاق (الزرقا : ص ٢٨٨) .

١١ - لو كان رأس مال السلم قيماً كالحیوان ، فقبضه المسلم إليه فهلك في يده ثم تقايلا ، أو تقايلا ثم هلك ، صحت الإقالة ، وعليه قيمته لرب السلم .

ففي هذه المسائل صير فيها إلى البدل عند عدم إمكان الأصل (الزرقا : ص ٢٨٩) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٨٧ - ٢٨٩ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٧ ، درر الحکام ٥٥ / ١ .

الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود (م/٥١)

التوضيح :

إن كل الحقوق والواجبات التي تقبل السقوط بسبب مسقط للحق ، فإنه لا يعود بعد سقوطه ، ويصبح معدوماً ، فلا يعود كما لا يعود المعدوم .

لكن هناك حقوق غير قابلة للسقوط أصلاً ، فتبقى كما هي ، كحق الفسخ للعقد الفاسد ، وحق الرجوع في الهبة ، وحق الاستحقاق في الوقف ، وحق الوكيل في القيام بما وكل به ، وحق المستعير في الانتفاع بالعارية ، وحق الإدخال والإخراج في الوقف لمن شرط له من واقف أو غيره ، وحق خيار الرؤية ، وحق تحليف اليمين المتوجهة على أحد المتداعيين .

التطبيقات :

١ - لو كان الثمن غير مؤجل ، وسلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فإنه يسقط حقه في حبس المبيع ، لأجل استيفاء الثمن ، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفي الثمن ، وإنما له ملاحقة المشتري بالثمن .

وكذلك لو قبضه المشتري ، والحالة هذه ، بمرأى من البائع ، ولم ينهه ، والبيع بات ، فإنه يسقط حقه في الحبس للمبيع ، أما لو كان

البيع وفاءً فلا يسقط حق الحبس قياساً واستحساناً وله أن يسترده
ليحبسه بالثمن (الزرقا : ص ٢٦٥ ، الدعاس : ص ٦٨) .

٢ - لو أبرأ الدائن مدينه من الدين ، فقبل أو سكت ، ولم يردّ ، سقط
الدين ، فلا يمكن استعادته إذا ندم الدائن ، ولا تسمع دعواه ، وإن
أقر به المدين بعد ذلك .

لكن لو ادعى المدين الإبراء ، وأنكره الدائن ، وقال : إنك أقررت
بالدين بعد التاريخ الذي ادّعت الإبراء فيه ، تسمع دعواه بإقرار
المدين (الزرقا : ص ٢٦٦ ، الدعاس : ص ٦٨) .

٣ - إذا تنجست الأرض ، ثم جفت فطهرت ، ثم نام عليها إنسان وعرق بدنه
اللاصق بها لا يتنجس ، وكذا إذا بليت بالماء لا تعود النجاسة ، لأنها
سقطت بالجفاف ، والساقط لا يعود (الدعاس : ص ٦٨) .

٤ - إن الورثة إذا أجازوا الزائد على الثلث سقط حقهم المتعلق بالزائد
(الدعاس : ص ٦٨) .

٥ - إذا كان الأجير له حق حبس العين ، بأن كان لعمله أثر فيها (والأثر ما كان
عيناً قائمة) كالخياط والصبّاغ ، إذا سلمها حقيقة ، أو سلمها حكماً بأن
عمل في بيت استأجره ، سقط حقه في الحبس (الزرقا : ص ٢٦٦) .

٦ - حق المرتهن في حبسه الرهن إذا أسقطه يسقط (الزرقا :
ص ٢٦٦) .

٧ - من كان له خيار الرؤية إذا تصرف بالمبيع تصرفاً يوجب حقاً
للغير ، كالإجارة والبيع بدون رضاء له ، وكالهبة والرهن مع
التسليم ، فإن خياره يسقط ، وإن كان ذلك قبل الرؤية عند أبي
يوسف ، وهو الأصح .

وكذلك لو كان أرضاً بيعت بخيار فأذن للأكار بزرعها ، ولو بطريق العارية ، فزرعها سقط خياره .

وأما ما لا يوجب حقاً للغير ، كهبة ورهن بلا تسليم ، وبيع وإجارة بخيار له ، وعرض المبيع للبيع ، وإعارته ، وطلب الشفعة به ، فإنه يسقط الخيار بعد الرؤية لا قبلها ، كقبضه ونقد الثمن (الزرقا : ص ٢٦٦) .

٨ - من كان له حق المرور أو التسييل في ملك الغير فأسقطه صريحاً ، أو أذن لمالك الرقبة أن يبني في الممر أو المسيل فإنه يسقط حقه ، بخلاف ما إذا كان مالكاً لرقبة الممر أو المسيل ، وأسقط حقه عنه ، فإنه لا يسقط (الزرقا : ص ٢٦٦) .

٩ - لو ردّت شهادته لعله غير العمى والصغير والكفر والرق ، ثم زالت العلة فأعادها لا تسمع (الزرقا : ص ٢٦٦) .

١٠ - الموصى له بالمنفعة إذا أسقط حقه منها سقط ولا يعود (الزرقا : ص ٢٦٦) .

١١ - من كان له حق الشفعة ، أو خيار الشرط ، أو خيار العيب ، أو حق القصاص ، إذا أسقط حقه سقط (الزرقا : ص ٢٦٧) .

١٢ - لو كان لشخص على آخر دين مؤجل ، فاشتري منه به شيئاً ، فإن الأجل يسقط ، ومتى سقط شيء من جميع ما سبق لا يعود (الزرقا : ص ٢٦٧) ^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٦٥ - ٢٧٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٨ ، درر الحكام ٥٤/١ .

لا يتم التبرع إلا بالقبض (م/٥٧)

التوضيح :

إن التبرع كالهبة ، والهدية ، والصدقة ، وما أشبه ذلك لابدَّ فيه من القبض ، حتى يتم التبرع ، فلو رجع الواهب مثلاً قبل القبض لم تلزم الهبة ، وله ذلك ، ولو توفي الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة .

والأصل في ذلك قوله ﷺ : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة »^(١) ، ولما روي عن السادات أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أنهم قالوا : لا تتم الصدقة إلا بالقبض^(٢) ، ولأن عقد التبرع لو تمَّ بدون قبض لثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم فيصير عقد ضمان ، وهو تغيير للمشروع ، ولأن التبرع بدون مقابل ، ولا عوض .

ولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعاً ابتداءً وانتهاءً كالهبة والصدقة (والفرق بين الصدقة والهبة أن الهبة يشترط لها أن لا تكون شائعة قابلة للقسمة ، وفي الصدقة لا يشترط ذلك إذا كانت بين اثنين ، كما لو تصدق على اثنين مشاعاً) والهبة بلا شرط عوض ،

(١) هذا معنى حديث في اشتراط قبض الهبة ، انظر (الموطأ ص ٤٦٨ ، سنن البيهقي ١٦٩/٦ ، ١٧٠ ، التلخيص الحبير ٧٢/٣) .

(٢) سنن البيهقي ١٦٩/٦ وما بعدها .

وبين ما كان تبرعاً ابتداء معاوضة انتهاءً، كالهبة بشرط العوض ،
والقرض ، والرهن ، فإن القبض شرط لتمام جميعها .

فإذا وجد القبض مستوفياً شروط صحته تمت تلك العقود التبرعية ،
وإلا فلا ، وشروط القبض ما يلي :

١ - أن يكون القبض بإذن المالك صريحاً ، نحو : اقبضه ، أو أذنت لك
بالقبض ، أو رضيت ، وما شاكل ذلك ، فيجوز قبضه ولو بعد
الافتراق ، أو يكون القبض بإذن المالك دلالة ، وذلك أن يقبض
العين في المجلس ولا ينهائ ، إذا كانت العين لا تحتاج إلى الفصل
عن غيرها ، فلو كانت تحتاج إلى الفصل عن غيرها كالثمر على
الشجر ، والصوف على الغنم ، والحلية على السيف ، والقفيز من
الصبرة ، ففصلها وقبضها بدون إذنه الصريح ، لم يجز القبض ،
سواء كان الفصل والقبض بحضرة المالك أو لا .

٢ - أن يكون المقبوض غير مشغول وقت القبض بغيره ، وإن كان
شاغلاً يصح ، كما لو وهب الحمل على الدابة ، أو الحنطة في
الجوالق ، ونحو ذلك ، فلو وهب دابة عليها حمل ، أو داراً فيها
متاع الواهب ، وسلمها مع الشاغل لم يجز القبض ، بخلاف متاع
غير الواهب ، فإنه لا يمنع صحة القبض .

٣ - أن لا يكون المقبوض متصلاً بغيره اتصال الأجزاء ، لأنه حينئذ في
معنى المشاع ، فلو وهب الزرع دون الأرض ، أو الأرض دون
الزرع ، أو الثمر دون الشجر ، أو الشجر دون الثمر ، وسلمها
جميعها لم يجز القبض .

٤ - أن يكون المقبوض محلاً للقبض ، فلو وهب ما في بطن غنمه ،

أوضرعتها ، أو سمناً في اللبن ، أو حلاً (شيرجاً) في سمس ، أو زيتاً في زيتون ، أو دقيقاً في حنطة ، لم يجز القبض ، وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك .

٥ - أن يكون القابض أهلاً ، فلا يجوز قبض المجنون والصغير الذي لا يعقل .

٦ - أن يكون هناك ولاية لمن يقبض بطريق النيابة ، فيقبض للصغير أبوه ، أو وصيه ، أو جده أبو أبيه ، أو وصي جده ، سواء كان الصغير في عيالهم أو لا ، ويجوز قبض غير هؤلاء مع وجود واحد منهم إن كان الصغير في عيال من يريد القبض ، ولو زوجاً لصغيرة ، ولا يجوز قبض من ليس الصغير في عياله ، ولو ذا رحم محرم منه ، على ما عليه الفتوى من قولين مصححين .

التطبيقات :

مرت التطبيقات في التوضيح والشروط (الزرقا : ص ٢٩٩ - ٣٠٠ ، الدعاس : ص ٦٨) .

المستثنى :

الوصية : فإنها تبرع ، وتتم بدون قبض (الزرقا : ص ٣٠٧) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٢٩٩ - ٣٠٨ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٨ ، المنشور للزركشي ٥٧/٣ ، درر الحكام ٥٧/١ .

تبدل سبب الملك كتبدل الذات

الألفاظ الأخرى :

تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات (م/ ٩٨) .

التوضيح :

إن «تبدل سبب الملك» أي علتة «قائم مقام تبدل الذات» ويعمل عمله ، فإن تبدل السبب يعني تبدل الشيء المملوك .

والأصل في ذلك ما ورد صحيحاً في لحم أهدته بريرة للنبي ﷺ ، فقيل له : إنه تُصدق به عليها ، فقال : «هو عليها صدقة ، ولنا هدية»^(١) فأقام ﷺ تبدل سبب الملك من التصديق إلى الإهداء ، فيما هو محظور عليه ، وهو الصدقة ، مقام تبدل العين .

وفي رواية أن النبي ﷺ دخل يوماً على بريرة مُعتقة عائشة رضي الله عنها ، فقدمت إليه تمراً ، وكان القدر يغلي من اللحم ، فقال عليه الصلاة والسلام : «ألا تجعلين لي نصيباً من اللحم؟» فقالت : يا رسول الله ، إنه لحم تصدق به عليّ ، فقال ﷺ : «لك صدقة ، ولنا هدية»^(٢) .

(١) هذا الحديث رواه البخاري (فتح الباري ٣/ ٤٥٤ رقم ١٤٩٥) ومسلم (٧/ ١٨٢ رقم ١٠٧٤) وأحمد (١/ ٢٨١ ، ٦/ ٤٦ ، ١١٥ ، ١٨٠) .

(٢) المراجع السابقة .

يعني إذا أخذته من المالك كان صدقة عليك ، وإذا أعطيته إيانا يصير هدية لنا ، فعلم أن تبدل الملك يوجب تبديلاً في العين .

التطبيقات :

١ - لو اشترى من آخر عينا ، ثم باعها من غيره ، ثم اشتراها من ذلك الغير ، ثم اطلع على عيب قديم فيها كان عند البائع الأول ، فليس له أن يردها عليه ، لأن هذا الملك الآن غير مستفاد من جانبه ، فإن تبدل سبب الملك الجديد بالشراء الثاني جعله كأنه غير المبيع الأول (الزرقا : ص ٤٦٧ ، الدعاس : ص ٦٩) .

٢ - لو وهب لغيره العين الموهوبة له ، ثم عادت إليه بسبب جديد بأن باعها منه ، أو تصدق بها عليه ، فأراد الواهب أن يرجع بهبته ، لا يملك ذلك (الزرقا : ص ٦٩) .

٣ - لو باع عقاراً لغيره ، وكان له شفيع ، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري ، ثم تقايل البائع مع المشتري البيع ، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة ، حيث كان عوده إليه بسبب جديد ، وهو الإقالة ، لأنها بيع جديد في حق ثالث ، والشفيع هنا ثالثهما (الزرقا : ص ٤٦٩) .

وكذلك لو اشتراه البائع من المشتري كان للشفيع أخذه بالأولى (الزرقا : ص ٤٦٩) .

٤ - لو تصدق رجل على قريبه ، فمات المتصدق عليه ، وعادت الصدقة إليه بالوراثة ، ملكها ، وما ضاع ثوابه (الدعاس : ص ٦٩) .

٥ - لو قبل الفقير الزكاة ، وأخذها ، ثم وهبها لغني ، حلّ له ذلك المال (الدعاس : ص ٦٩) .

المستثنى :

لو اشترى رجل من رجل داراً وقبضها ، ثم باعها من غيره ، ثم اشتراها منه ثانياً ، ثم استحققت الدار من يد المشتري ، فإن له أن يرجع على البائع الأول بالثمن (الزرقا : ص ٤٦٧) .

لكن ورد استشكال على هذا الاستثناء من وجهين ، حاصل الأول : أن ظاهر الرواية أنه إذا استحق المبيع لا يرجع أحد من الباعة على بائعه بالثمن ما لم يرجع عليه ، فكيف يرجع هنا على بائعه ، ولم يرجع عليه المشتري منه؟ وحاصل الثاني : أنه نقل في فرع الرد بالعيب تعليل ، وهو : بأنه لو ردّه عليه كان للمردود عليه أن يرده عليه ثانية ، لأنه اشتراه منه فلا يفيد الردّ ، وليس له أن يرده على البائع الأول أيضاً ، لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته ، وأنه ينبغي على قياس هذا أن يكون الحكم في فصل الاستحقاق كالحكم في فصل الرد بالعيب ، ويجوز أن يكون بين الاستحقاق وبين الرد بالعيب فرق .

ولعل الفرق هو أنه بالاستحقاق ظهر أن البائع باع وسلم ما ليس ملكاً له ، وهذا البيع والتسليم له شبهان ، فهو يشبه من جهته بيع الفضولي بدليل ما نصوا عليه في باب الاستحقاق من أنه بالقضاء للمستحق لا تنفسخ البياعات على الأصح ما لم يفسخ المستحق ، أو يُقضى على البائع بالثمن للمشتري ، أو يرضّ البائع برد الثمن له ، وعللوه بأنه بيع فضولي يحتمل الإجازة ، وهو يشبه من جهة أخرى

الغصب ، بدليل ما نصوا عليه في باب الغصب من أن البيع والتسليم يوجب الضمان ولو كان المبيع عقاراً على الأصح ، ومن جهة كونه غصباً يكون المشتري بمنزلة غاصب الغاصب ، ويكون المبيع واجب الرد ، وإذا كان واجب الرد شرعاً فبأي جهة وقع الرد يكون أداءً لذلك الواجب ، كالمبيع فاسداً والمغصوب ، إذا باعه المشتري من بائعه ، أو باعه الغاصب من مالكة ، أو وهبه إياه ، يكون رداً بحكم الفساد الواجب عليه رفعه ، وغاصب الغاصب يبرأ برد العين المغصوبة على الغاصب ، أو بردّ بدلها عليه إذا هلكت كما يبرأ بالرد على المغصوب منه ، وعليه فيكون بيع المشتري الأخير المبيع للمشتري الأول يعتبر بعد ظهور كونه مستحقاً رداً على الغاصب ، لا بيعاً ، لما له من شبه الغصب ، وإذا كان رداً لم يكن مستفيداً للملك من جهة غير البائع ، فيرجع عليه بالثمن ، بخلاف الرد بالعيب فإن شراء المشتري فيه للمبيع المعيب ثانياً من مشتريه هو شراء محض ، والمبيع ليس له شبه الغصب حتى يمكن اعتباره رداً ، فافترقا (الزرقا : ص ٤٦٧ ، ٤٦٨) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٧ - ٤٦٩ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٩ - ٧٠ ، درر الحكام ٩٨/١ .

المعلق بالشرط

يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (م/٨٢)

التوضيح :

التعليق : هو التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل ، أو هو : ربط حصول مضمون جملة بحصول جملة أخرى ، سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط ، نحو : إن ، وإذا ، وإذا ما ، وكلّ ، ومتى ، وكلما ، ومتى ما ، ولو ، أو بما يقوم مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو ظرف ، أو حرف جر ، غير لام التعليق ، أو استثناء «بإلا أن» إذا تقدمه ما لا يحتمل التوقيت ، كالطلاق .

كما لو قال : امرأته طالق إلا أن يقدم زيد مثلاً ، فإنه يحمل على الشرط ، فيصير كأنه قال : إن لم يقدم زيد فامرأته طالق .

أما ما يحتمل التأقيت ، كالأمر باليد ، فإنه يكون للغاية ، لا للشرط .

ويشترط لصحة التعليق : كون الشرط المعلق عليه معدوماً في الحال ، ممكن الوجود عادة في المستقبل ، فالتعليق بالمحقق الوجود في الحال كإن كانت السماء فوقنا : تنجيز .

وكذا التعليق بالممكن عقلاً ، لا عادة ، كإن لم أصعد السماء ، وإن لم أقلب هذا الحجر ذهباً ، فإنه تنجيز يحث به للحال .

والتعليق بالمستحيل الوجود ، كإن دخل الجمل في سمّ الخياط ، لغو وباطل .

والأمور التي يرد عليها التعليق بالشرط ثلاثة أنواع :

الأول : ما يصح تعليقه بمطلق الشرط ، ملائماً أو غير ملائم ، وهي الإسقاطات المحضة التي يحلف بها ، كالطلاق والعتاق ، فإن كلا منهما يصح تعليقه بالشرط مطلقاً ملائماً كان ، كقوله لزوجته : إن أسأت إليّ فأنت طالق ، أو غير ملائم ، كما إذا علق طلاقها بدخول الدار مثلاً ، فإن المعلق في كل ذلك ينزل ، ويثبت عند ثبوت الشرط .

وتقييد الإسقاطات «بالمحضة» لإخراج غير المحضة ، وهي ما فيها تمليك من وجه كالإبراء ، فإن التعليق بالشرط يبطله .

وتقييد الإسقاطات «بالتّي يحلف بها» لإخراج ما لا يحلف به منها ، وذلك كإسقاط الشفعة ولو بعد ثبوتها ، فلو علقه بغير كائن لا يصح تعليقه ، ويبقى على شفعته .

الثاني : ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط ، وهو ما يؤكد موجب العقد ، وذلك كالإطلاقات والولايات .

فالإطلاقات : كالإذن بالتجارة ، والإذن بالخروج فيما لو حلف على زوجته أن لا تخرج إلا بإذنه ، والإذن من قبل البائع للمشتري إذا باعه الموجود من الثمر ، وأذن له بأكل ما لم يظهر .

والولايات : كالقضاء ، والإمارة ، فإن كلا منهما يصح تعليقه بالملائم من الشروط ، كقول الرجل لابنه : إن بلغت رشيداً فقد أذنت

لك بالتجارة ، وكقول الحالف لزوجته : كلما خرجت أذنت ، وكقول بائع الثمر للمشتري بعد أن أذن له بأكل ما سيظهر من الثمر إذا خاف المشتري أن يرجع عن الإذن : كلما رجعت عن الإذن فأنت مأذون بالأكل ، لكن مشت المجلة (م/٢٠٧) على قول الحلواني في هذه المسألة ، من أن البيع صحيح في المعدوم تبعاً للموجود ، وكقول الإمام : إن شغرت الولاية الفلانية فقد وليتك إياها .

ومما يصح تعليقه بالملائم : الكفالة والإبراء ، كقوله : إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن ، وقوله : إن غاب المدين أو مات ولم يدع شيئاً فأنا كفيله ، وقوله : إن قدم فأنا كفيله ، وكقوله : إن وفيت به غدا فأنت بريء .

والثالث : ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقاً ، وهو المعاوضات المالية ، كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح عن مال بمال . وكذا التمليكات ، كالهبة .

فالمعلق بالشرط من الأمور السابقة التي يصح تعليقها بالشرط يجب ثبوته ووجود المعلق عند ثبوت الشرط ووجوده ، لقوله ﷺ : «المسلمون عند شروطهم» أو «على شروطهم» وفي رواية «المؤمنون عند شروطهم»^(١) .

التطبيقات :

١ - لو قال شخص لشخص دائن : إن سافر مدينك اليوم ، أو إن لم يعد من سفره اليوم فأنا كفيل بدينك الذي لك عليه ، فإن سفر

(١) هذا الحديث رواه البخاري معلقاً (٢/٧٩٤) وأبو داود (٢/٢٧٣) والترمذي (٤/٥٨٤) والحاكم (٢/٤٩) .

المدين ، أو عدم عودته من سفره ، يصبح شرطاً لثبوت الكفالة على القائل ، فلا يعتبر كفيلاً ملتزماً بأداء الدين ما لم يتحقق ذلك الشرط الذي شرطه للكفالة (الدعاس : ص ٧٠) .

٢ - لو قال شخص : إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن ، أو قال : إن غاب المدين أو مات ، ولم يدع شيئاً فأنا كفيله ، أو قال : إن قدم فأنا كفيله ، أو قال : إن وفيت به غدا فأنت برئ ، فإذا تحقق الشرط يثبت المشروط (الزرقا : ص ٤١٧) .

المستثنى :

١ - الوصية إذا علقت بالموت فإنها تصح ، على خلاف القياس في عدم صحة تعليق المعاوضات المالية بالشرط مطلقاً (الزرقا : ص ٤١٧) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤١٥ - ٤١٨ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٦٩ - ٧٠ ، درر الحكام ٨١ / ١ .

المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م/٨٤)

التوضيح :

الأصل في الوعد أنه لا يُلزم صاحبه قضاء ، وإنما كان الوفاء به مطلوباً ديانة ، فلو وعد شخص آخر بقرض أو بيع أو بهبة . . . إلخ ، فليس للموعد أن يجبر الواعد على تنفيذ وعده بقوة القضاء .

غير أن الفقهاء لحظوا أن الوعد إذا صدر معلقاً على شرط فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد ، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد ، فيصبح عندئذ ملزماً لصاحبه ، وذلك فيما يظهر اجتناباً لتغريب الموعد بعدما خرج الوعد مخرج التعهد ، ولذلك قال ابن نجيم : « لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً » .

فالمواعيد تصدر من الإنسان فيما يمكن ويصح الالتزام له شرعاً ، فإذا صدرت منه بصورة التعليق أي بأن كانت مصحوبة بأدوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع ، تكون لازمة ، لحاجة الناس إليها ، وهذه القاعدة فرع عن قاعدة «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط» (م/٨٢) .

وإذا صدرت بغير صورة التعليق لا تكون لازمة لعدم وجود ما يدل على الحمل والمنع ، بل تكون مجرد وعد ، وهو لا يجب الوفاء به قضاء .

ولا فرق في لزوم الوعد المعلق المذكور بين أن يصدر في مجلس العقد المذكور أو بعده .

التطبيقات :

١ - لو قال شخص لآخر : بع هذا الشيء لفلان ، وإن لم يعطك ثمنه ، فأنا أعطيه لك ، فباعه منه ، ثم طالبه بالثمن فلم يعط المشتري للبائع بعد المطالبة له ، بأن امتنع من الدفع ، أو لم يمتنع ، ولكن أخذ في المماطلة ، لزم على القائل أداء الثمن المذكور للبائع ، بناء على وعده المعلق ، أما قبل المطالبة فلا يلزم القائل شيء ، والظاهر أن تقدم قوله : بع هذا الشيء لفلان ، وما أشبهه ، ليس بشرط لصحة الالتزام ، فلو قال : إن لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيك كان كفيلا (م/٦٢٣) ، ولم يشترط فيه أن يقول : أقرضه مثلا (الزرقا : ص ٤٢٥ ، الدعاس : ص ٧٠) .

٢ - لو قال كفيل النفس : إن لم أوافك بمدينك فلان غدا فأنا أدفع لك دينه ، فلم يوافه به لزمه الدين ، إلا إذا عجز عن الموافاة بغير موت المدين أو جنونه ، أما لو عجز بأحدهما عن الموافاة به فالكفالة لازمة له (الزرقا : ص ٤٢٦) .

٣ - لو قال للمعير أو المودع (بالكسر) : إن أضاع أو استهلك المستعير أو الوديع العارية أو الوديعة ، فأنا أؤدي ضمانها ، فأضاعها أو استهلكها لزمه الضمان ، بناء على وعده المعلق (الزرقا : ص ٤٢٦) .

٤ - لو باع العقار بغبن فاحش ، ثم وعد المشتري البائع بأنه إن أوفى له مثل الثمن يفسخ معه البيع ، صح ولزم الوفاء بالوعد (الزرقا : ص٤٢٦) .

المستثنى :

١ - إذا كان الوعد «فيما يمكن ويصح التزامه له شرعاً بصورة التعليق» يكون لازماً ، وخرج ما لا يصح التزامه شرعاً ، كضمان الخُسران ، كما إذا قال : اشتر هذا المال ، وإن خسرت فيه ، فأنا أؤدي لك ما تخسره ، فاشتره وخسر ، فإنه لا يرجع عليه بشيء (الزرقا : ص٤٢٦) .

٢ - لو تبايعا بضمن المثل بيعاً باتاً ، ثم بعد ذلك أشهد المشتري أنه ، أي البائع ، إن دفع له نظير الثمن بعده مدة كذا يكن بيعه مردوداً عليه ومُقالاً منه ، فإن الإشهاد المذكور وعد من المشتري فلا يجبر عليه حيث كان البيع بضمن المثل ، مع أنه كما ترى معلق بالشرط . وذلك لأن ظاهر هذه القاعدة أنها مطلقة عامة في كل وعد أتى بصورة التعليق ، والظاهر خلافه ، فإنهم لم يفرعوا عليها غير مسألتي البيع والكفالة المتقدمتين ، ولم يظهر بعد التتبع ثالث لهما (الزرقا : ص٤٢٦)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص٤٢٥ - ٤٢٨ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص٧٠ ، درر الحكام ٨٧/١ .

يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (٨٣/م)

التوضيح :

يلزم مراعاة الشرط الجائز بالوفاء به ، بقدر الإمكان أي بقدر الاستطاعة ، ولا يلزم ما فوق الاستطاعة ، فلو قال المودع للمودع عنده : امسكها بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً ، فوضعها في بيته ، فهلكت لم يضمناها ، لأن ما شرط عليه ليس في وسعه عادة .

وإنما تكون الشروط معتبرة بقدر الإمكان إن لم تخالف قواعد الشريعة في نظام العقود ، بأن يكون من مقتضى العقد ، أو مؤيداً لمقتضاه ، أو كان متعارفاً عليه ، فإن خالفت الشروط قواعد الشريعة كانت فاسدة أو ملغاة .

والأصل في مراعاة الشروط قول الرسول ﷺ : «المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً» وورد في الحديث عن أنس وعائشة رضي الله تعالى عنهما ، عنه ﷺ أنه قال : «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك»^(١) .

والمراد بالشرط هنا المقيد به ، المعروف بأنه : التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة ، لا المعلق عليه الذي هو : التزام أمر لم

(١) سبق بيان هذا الحديث ص ٤٨٠ القاعدة ٨٧ .

يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل ، والفرق بينهما أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه ، بخلاف المقيّد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود عن القيد ، بل سبقه عليه ، كما هو ظاهر .

التطبيقات :

١ - لو قال المودع للمودع عنده الوديعة : بشرط أن لا تخرج بها من بلدك ، فهو شرط مقيّد ، وممكن ، فإن خرج بها إلى بلد آخر كان ضامناً (الدعاس : ص ٧١) .

٢ - باع شخص بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن ، فهذا شرط يوافق مقتضى العقد ، فيصح ويلزم مراعاته (الدعاس : ص ٧١ ، الزرقا : ص ٤١٩) .

٣ - باع شخص بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً ، أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل ، صح البيع والشرط ، لأن الشرط يلائم مقتضى العقد (الدعاس : ص ٧١ ، الزرقا : ص ٤١٩) .

٤ - اشترى ثياباً كهرباء بشرط أن يعلقها البائع في مكانها ، أو بشرط أن تكون معها صحنونها أو بلوراتها ، صح الشراء والشرط ، لأنه شرط متعارف عليه (الدعاس : ص ٧١) .

٥ - اشترى منه فرساً بشرط : أصله كذا مما يرجع إلى صفة المبدل ، أو باع بشرط أن تكون الدراهم بيضاً أو معجلة أو مؤجلة ، مما يرجع إلى صفة البدل ، أو بشرط أن يحيل المشتري البائع على غيره ،

مما يرجع إلى التوثيق كالرهن والكفالة ، فالعقد صحيح والشرط لازم ، لأنه يلائم العقد (الزرقا : ص ٤١٩ - ٤٢٠) .

٦ - اشترى نعلًا بشرط أن يشركها البائع ، صح الشراء والشرط ، لأن الشرط جرى به العرف (الزرقا : ص ٤٢٠) .

٧ - اشترى بشرط خيار الشرط ونحوه من الخيارات ، فالشرط صحيح ، لأنه ورد الشرع به بجوازه ، ويجب مراعاة الشروط السابقة (الزرقا : ص ٤٢٠) .

المستثنى :

١ - لو قال المودع للمودع عنده : أمسك الوديعة بيدك ، ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً ، فوضعها في بيته ، فهلكت لم يضمنها ، لأن ما شرطه عليه ليس في وسعه عادة (الدعاس : ص ٧١) .

٢ - باع دابة وشرط أن يركبها شهراً مثلاً ، أو آجر العقار بكذا بشرط أن يقرضه المستأجر كذا ، كان الشرط فاسداً ومفسداً للعقد ، لأنه ليس من مقتضياته ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، وضابط الشرط المفسد : هو ما تضمن منفعة زائدة على مقتضى العقد في المعاوضات المالية (الدعاس : ص ٧٢ ، الزرقا : ص ٤٢٠) .

٣ - لو قال : بعثك هذا المتاع على أن لا تبيعه لأحد ، صح البيع ، ولغا الشرط لأنه مخالف لمقتضى البيع (الدعاس : ص ٧٢) .

٤ - لو قال : تزوجتك على أن لا يكون لك مهر ، صح النكاح وبطل الشرط ، ووجب مهر المثل ، وإنما صح العقد لأنه ليس فيه نفع

لأحد المتعاقدين على حساب الآخر ، ولغا الشرط لأنه مخالف
للشرع (الدعاس : ص ٧٢) .

٥ - لو شرط في عقد النكاح تأجيل كل المهر ، ولم يشترط الدخول
بالزوجة قبل القبض ، فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج حتى
تقبض المهر في رواية عن أبي يوسف استحساناً ، وبه يفتى ، وهو
استثناء من صفة البذل المؤجلة (الزرقا : ص ٤٢٣) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤١٩ - ٤٢٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧١ -
٧٢ ، المشور للزركشي ٢/ ٢٣٢ وما بعدها ، درر الحكام ١/ ٨٤ .

الجواز الشرعي ينافي الضمان (٩١/م)

التوضيح :

إن كل ما جاز للإنسان أن يفعله شرعاً ، فإذا ترتب على فعله ضرر أو خسائر ، لا يضمن للمنافاة بين الجواز الشرعي والضمان .

وإن الجواز الشرعي يفيد كون الأمر مباحاً ، سواء أكان فعلاً أو تركاً ، فلا ضمان بسبب التلف الحاصل بذلك الأمر .

ولكن يشترط أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة ، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه ، لأن الضمان يستدعي سبق التعدي ، والجواز الشرعي يأبى وجوده فتناً ، فالجواز الشرعي إذا كان مطلقاً فإنه ينافي الضمان ، وإلا فلا مانع من الضمان .

وهذه القاعدة تشبه قاعدة الشافعية الآتية «الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه»^(١) .

التطبيقات :

١ - لو حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص به ، أو في طريق العامة ولكن بإذن ولي الأمر ، فوقع فيها حيوانٌ رجل ، أو وقع فيها إنسان

(١) المنشور للزركشي ١٧٦/١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٧ ، وسترده هذه القاعدة برقم ١٢٦ .

فهلك ، لا يضمن حافر البئر شيئاً ، فحفر البئر فعل مباح (الزرقا : ص ٤٤٩ ، الدعاس : ص ٧٢) .

٢ - لو خالف في حفظ الوديعة ، أو استعمال المأجور إلى ما هو مساو ، كما إذا قال : احفظها في البيت الفلاني من دارك ، فحفظها في بيت آخر مثله فيها ، أو استأجر الدابة ليحملها كراً معيناً من حنطة مثلاً ، فحملها كراً من حنطة أخرى .

أو خالف إلى ما هو خير ، كما إذا حفظ الوديعة في بيت أحسن من الذي عينه ، أو استأجر الدابة ليحملها كر حنطة فحملها كر شعير أو سمسم ، فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة فلا ضمان عليه في شيء من ذلك (م/ ٦٠٥ ، ٧٨٤ ، ٩٢٤) وهذا فعل مباح أيضاً (الزرقا : ص ٤٤٩ ، الدعاس : ص ٧٢) ، فإن حملها أكثر من المعتاد فإنه يضمن لأنه غير جائز شرعاً .

٣ - لو أخذ الوكيل بالبيع رهنا بضمن ما باعه فهلك الرهن لا يضمن للموكل ، وسقط الدين عن المشتري إذا كان مثل الثمن (م/ ١٥٠٠) وهذا فعل مباح (الزرقا : ص ٤٥٠) .

٤ - لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل الأجرة فهلك في يده ، لا يضمن العين ، وسقط الأجر لهلاكها قبل التسليم للمستأجر (الزرقا : ص ٤٥٠) .

٥ - لو فسخت الإجارة ، فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من الأجرة ، فهلك العين في يده ، لا يضمن ، ولا يسقط ما عجله (الزرقا : ص ٤٥٠) .

٦ - لو أنفق الملتقط بأمر القاضي ليرجع بما أنفق على صاحبها ، ثم طلبها ربها فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلك بعد منعه لا يضمن ، ولا تسقط النفقة على المعتمد ، وذلك لأن كل ما ذكر فعل من الأعمال الجائزة ، والجواز الشرعي ينافي الضمان (الزرقا : ص ٤٥٠ ، الدعاس : ص ٧٢) .

٧ - إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن ، أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده ، أو آخر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر ، أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده ، فإنه لا ضمان عليهم ، لأن امتناع من ذكر جائز ، وهو المباح بالترك ، والجواز الشرعي ينافي الضمان (الزرقا : ص ٤٥٠) .

٨ - لو تلف بمروره بالطريق العام شيء ، أو أتلقت دابته بالطريق العام شيئاً بيدها أو فمها ، وهو راكبها ، أو سائقها ، أو قائدها ، فيضمنه ، لأن مروره ذلك وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة ، ولم يتحقق الشرط (م/ ٩٢٦ ، ٩٢٣ ، ٩٣٣) (الزرقا : ص ٤٥٠) .

٩ - يضمن المضطر ، لأكل طعام الغير ، قيمة طعام الغير ، إذا أكله لدفع الهلاك عن نفسه ، لقاعدة «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م/ ٣٣) ، مع أن أكله جائز ، بل واجب ، لأنه يشترط أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه (الزرقا : ص ٤٥٠ ، الدعاس : ص ٧٢) .

١٠ - لو هدم شخص دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق ، بغير إذن ولي الأمر ، وبغير إذن صاحبها ، فإنه يجوز له ذلك ، ويضمن قيمتها معرضة للهلاك (م/٩١٩) ، لأنه فعل ذلك الهدم لأجل نفسه (الزرقا : ص ٤٥١) .

المستثنى :

خرج عن القاعدة مسائل ، منها :

١ - أن الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله ، حتى يقبض منه الثمن ، ولكن لو هلك المبيع في يده ، والحالة هذه ، يلزم الوكيل الثمن (م/١٤٩٢) (الزرقا : ص ٤٥٢) .

٢ - لو استغل أحد الشريكين في الكرم أثماره ، وباعها حين غيبة شريكه فإن عمله هذا جائز ، ولكن إذا حضر شريكه فهو مخير بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن ، وبين أن يضمه حصته (م/١٠٨٦) (الزرقا : ص ٤٥٢) .

٣ - لو مات رفيقه في السفر ولا قاضي ، فله بيع أمتعته وحفظ ثمنها لورثته ، والورثة بالخيار بين أن يجيزوا البيع ويأخذوا الثمن ، أو أن يأخذوا ما وجدوا ، ويضمنوا ما لم يجدوا (الزرقا : ص ٤٥٢) .

٤ - لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمنياً كافياً ، ثم جاء صاحبها ، فهو بالخيار بين أن يجيز تصدقه أو يضمه (الزرقا : ص ٤٥٢) .

٥ - لو وقع حريق في محلة ، فهدم رجل بيت جاره لمنع سريان

الحريق بلا إذن الجار أو ولي الأمر ، ثم انقطع الحريق ، ضمن قيمتها ، وهي في حالة الحريق ، لا كاملة ، ولا يكون آثما في فعله على كل حال (المادة / ٩١٩) (الزرقا : ص ٤٥٢) (١) .

وأسباب الضمان أربعة : عقد ، ويد ، وإتلاف ، وحيلولة ، والضمان له أحكام كثيرة ، وكتبت فيه نظريات (٢) .

-
- (١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٤٩ - ٤٥٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٢ ،
درر الأحكام ٩٢ / ١ .
- (٢) انظر : المنشور للزركشي ٣٢٢ / ٢ وما بعدها ، نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ،
نظرية الضمان للدكتور محمد فوزي فيض الله .

الْغُرْمُ بِالْغُنْمِ (م/٨٧)

التوضيح :

الغرم : هو ما يلزم المرء لقاء شيء ، من مال أو نفس ، والغنم : هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء .

وأفادت هذه القاعدة عكس القاعدة الأخرى «الخراج بالضمان» (م/٨٥) ، أي أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً .

ولا فرق في الغرم بين أن يكون مشروعاً كما سيرد في التطبيقات ، أو أن يكون غير مشروع ، كالتكاليف الأميرية التي تطرح على الأملاك ، فإنها على أربابها بمقابلة سلامة أنفسهم ، ولا شيء من هذه على النساء والصبيان ، لأنه لا يتعرض لهم .

التطبيقات :

١ - إن نفقة رَدِّ العارية إلى المعير يلتزم بها المستعير ؛ لأن منفعة العارية له ، فيغرم نفقة رَدِّها (الدعاس : ص٧٣) .

٢ - إن كلفة رَدِّ الوديعة على المودع ، لأن الإيداع لمصلحته (الدعاس : ص٧٤) .

- ٣ - إن أجرة كتابة صك المبايعة والحجج على المشتري ، لأنها توثيق لانتقال الملكية إليه وانتفاعه بها (الدعاس : ص ٧٤ ، الزرقا : ص ٤٣٨) .
- ٤ - إن نفقة ومؤونة تعمیر الملك المشترك وترميمه على الشركاء بنسبة حصصهم ، بمقابلة انتفاعهم به انتفاع الملاك (الزرقا : ص ٤٣٧ ، الدعاس : ص ٧٤) .
- ٥ - يتحمل بيت المال نفقة اللقيط ، وهو الطفل المنبوذ المجهول النسب ، لأنه تعود تركته إلى بيت المال إذا مات (الدعاس : ص ٧٤) .
- ٦ - إن مؤونة تعمیر من يرغب من الموقوف عليهم في سكنى العقار الموقوف لسكنائهم ، فإنها عليهم بمقابلة سكنائهم فيه (الزرقا : ص ٤٣٧) .
- ٧ - إن مؤونة كري النهر المشترك ، وتعمير حافاته ، وتطهير مائه ، على الشركاء فيه ، بمقابلة انتفاعهم بحق الشرب (الزرقا : ص ٤٣٧) .
- ٨ - إن مؤونة كري السياق المالح المشترك ، على الشركاء بمقابلة انتفاعهم بحق التسييل (الزرقا : ص ٤٣٧) .
- ٩ - إن إيجاب ضمان العين المرهونة على المرتهن لقاء تمكنه من استيفاء دينه منها ، وإيجاب أجرة بيت حفظها ، وأجرة حافظها فإنها عليه لقاء استحقاقه حسبها بدينه (الزرقا : ص ٤٣٧) .
- ١٠ - لو باع الوصي عيناً من التركة ليقضي دين الغرماء ، أو لم يكن دين فباعها لأجل الورثة ، وهم كبار ، وقبض ثمنها ، فضاع الثمن

منه ، وتلفت العين المببيعة قبل تسليمها ، رجع المشتري على الوصي بالثمن ، وهو يرجع على من كان البيع لأجله من الغرماء أو الورثة الكبار (الزرقا : ص ٤٣٨) .

١١ - إذا اتفق ركاب السفينة على إلقاء الأمتعة المحمولة فيها في البحر ، إذا أشرفت على الغرق من ثقلها ، فإن قيمة المتلفات على الركاب بمقابل سلامة أنفسهم (الزرقا : ص ٤٣٨) .

١٢ - إن أجرة القسام والكيل والوزن تقع على الشركاء ، لأن نفع ذلك عائد لهم (الزرقا : ص ٤٣٨) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٣٧ - ٤٣٩ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٣ - ٧٤ ، درر الحكام ٩٠ / ١ .

النعمة بقدر النعمة، والنعمة بقدر النعمة (م/٨٨)

التوضيح :

الجملة الأولى من هذه القاعدة ترادف قاعدة «الخارج بالضمن» (م/٨٥) ، والجملة الثانية منها ترادف القاعدة الأخرى «الغرم بالغنم» (م/٨٧) .

وحيثذ فما تفرع على كل من القاعدتين السابقتين المذكورتين يمكن أن يفرع على مرادفتها من جملتي هذه القاعدة .

ويمكن أن يضاف : أن المراد من القاعدتين السابقتين المذكورتين هو إفادة أصل المقابلة ، وهو كون الخارج لقاء الضمان ، وكون الغرم لقاء الغنم ، بقطع النظر عن كون أحدهما بقدر الآخر ، والمراد من هذه القاعدة أن أحدهما يكون بقدر الآخر فيما يمكن فيه محافظة التقدير ، وذلك فيما تكون فيه القسمة على حسب الأنصباء ، وهي في جميع الحالات ، إلا سبعة حالات تكون القسمة فيها على عد الرؤوس ، وهي : الساحة ، والشفعة ، والنائب المطلقة ، وأجرة القسام ، وما ألقى من السفن خشية الغرق ، والطريق ، والعقل (الدية) ، وهذا التفسير للقاعدة ، كما تشعر به لفظة (بقدر) في الجملتين ، أولى من إخلالها من الفائدة ، وجعلها تكراراً محضاً .

وبذلك فكل نعمة يجدها الإنسان من شيء فعلى قدرها تكون كلفته ومشقته .

التطبيقات :

١ - تعمير الملك المشترك بين اثنين يكون على قدر الحصص (الدعاس : ص ٧٤) .

٢ - إذا كان حيوان مشترك بين اثنين ، وأبى أحدهما عن تربيته ، وراجع الآخر الحاكم ، يجبره الحاكم على البيع ، أو على التربية ، لأن النعمة بقدر النعمة (الدعاس : ص ٧٤) ^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٤١ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٤ ، درر الحكام ٩٠ / ١ .

الأجر والضمان لا يجتمعان (م/٨٦)

التوضيح :

الأجر : هو بدل المنفعة عن مدة ما ، والضمان : هو الغرامة لقيمة العين المنتفع بها أو نقصانه ، ولا يجتمع الأجر والضمان في محل واحد من أجل سبب واحد في اتحاد الجهة ، لأن الضمان يقتضي التملك ، والمالك لا أجر عليه ، والأجر يقتضي عدم التملك ، وبينهما منافاة .

والأصل في هذا أن كل موضع لا يصير ضامناً فالأجر واجب ، وفي كل موضع يصير ضامناً ، فلا أجر عليه .

وهذه القاعدة تشهد لمذهب الحنفية فقط ، وعند غيرهم من الأئمة لا اعتبار لهذه القاعدة ، ويجتمع الأجر والضمان ، كالغاصب الذي انتفع بالمغصوب وهلك ، فإنه يضمه وعليه الأجرة

أما عند الحنفية فالضمان يكون بسبب التعدي ، والتعدي على مال الغير غصب له ، أو كالغصب ، ومنافع المغصوب عندهم غير مضمونة ، لأن المنافع معدومة ، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية ، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها ، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامناً ، بل يرتفع ، إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً ، وغاصباً ضميراً في آن واحد ، لتنافي الحالتين .

التطبيقات :

١ - إن الصور الممكنة التي تدور عليها القاعدة المذكورة عشر ، وذلك لأن التعدي الذي هو سبب الضمان إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقود عليها كلها ، أو يكون بعد استيفاء بعضها ، أو يكون قبل استيفاء شيء من المنفعة ، وفي الوجهين الأخيرين إما أن يستوفي بعد التعدي المنفعة المعقود عليها أو لا ، وفي الصور الخمس إما أن تسلم العين المأجورة أو تتلف ، فتلك عشرة كاملة من ضرب اثنين في خمسة ، ويجب الأجر في كل صورة استوفيت فيها المنفعة المعقود عليها كلها أو بعضها قبل التعدي وسلمت العين المأجورة ، ولكن عند استيفاء كلها يجب الأجر كاملاً ، وفي استيفاء بعضها يجب بحسابه ، ولا يجب الأجر لما بعد التعدي ، وأما أجر ما استوفاه من المنفعة بعد التعدي وصيرورته ضامناً فإنه ساقط .

وهذه هي الصور العشر ، مع تطبيقات أخرى لها :

١ - استأجر دابة ، وتعدي إلى مكان آخر ، ولم ينتفع مطلقاً ، وسلمت الدابة ، فلا أجر عليه ، لأنه في معرض الضمان كالغاصب (الزرقا : ص ٤٣٤ ، الدعاس : ص ٧٥) .

٢ - استأجر دابة ، وتعدي ، ثم انتفع ، وسلمت الدابة ، فهو في معرض الضمان ، ولا أجر عليه (الزرقا : ص ٤٣٤) لأنه استقرت عليه بالأجر .

٣ - استأجر دابة ، وانتفع كاملاً ، ثم تعدي بتجاوز المكان أو المدة ،

وسلمت الدابة ، يجب الأجر كله (الزرقا : ص ٤٣٤) لأنه استقر في ذمته ، مع الإثم للمخالفة (الدعاس : ص ٧٥) .

٤ - استأجر دابة ، واستوفى المنفعة كلها ، وتعدى في أثنائها ، وسلمت الدابة ، فيجب الأجر لما قبل التعدي فقط (الزرقا : ص ٤٣٤) .

٥ - استأجر دابة ، واستوفى بعض المنفعة ، ثم تعدى ، ولم ينتفع بعد ذلك ، وسلمت الدابة ، فيجب الأجر لما قبل التعدي بحسابه فقط (الزرقا : ص ٤٣٤) .

٦ - استأجر دابة ، وتعدى ولم ينتفع مطلقاً ، وتلفت الدابة ، فهو ضامن بالفعل لقيمتها ، ولا أجر عليه (الزرقا : ص ٤٣٤ ، الدعاس : ص ٧٥) .

٧ - استأجر دابة ، وتعدى ، ثم انتفع ، وتلفت الدابة ، فهو ضامن ، ولا أجر عليه (الزرقا : ص ٤٣٤) .

٨ - استأجر دابة ، وانتفع بها ثم تعدى ، وتلفت الدابة ، فيضمن قيمتها ، ولا أجر عليه (الزرقا : ص ٤٣٤) لأن ضمان المنافع بالأجرة ، اندمج في ضمان الأصل (الدعاس : ص ٧٥) .

٩ - استأجر دابة ، واستوفى المنفعة كلها ، وتعدى في أثنائها ، وتلفت الدابة ، يضمن قيمتها ، ولا أجر عليه (الزرقا : ص ٤٣٤) .

١٠ - استأجر دابة ، واستوفى بعض المنفعة ، ثم تعدى ، ولم ينتفع بعد ذلك ، وتلفت الدابة ، يضمن قيمتها ، ولا أجر (الزرقا : ص ٤٣٤) .

١١ - استأجر دابة لركوب ، فركبها وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه ،

وكانت الدابة لا تطيق حمل الاثنين ، ضمن كل قيمتها ، ولا أجر عليه ، لصيرورته غاصباً (الزرقا : ص ٤٣١) .

١٢ - استأجره من الكوفة إلى البصرة ذاهباً وجائياً ، فجاوز به البصرة ، وعاد سليماً إلى الكوفة فعليه نصف الأجر المسمى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، إذ غصب بالمجازة ، فلا يبرأ إلا بالرد (الزرقا : ص ٤٣٢) ، لأن الفتوى على أن المستأجر لا يبرأ بالعود إلى الوفاق بعد التعدي ، وإذا لم يبرأ فلا أجر عليه كما بعد التعدي (الزرقا : ص ٤٣٢) .

١٣ - استأجر دابة إلى مكان ذاهباً وجائياً على أن يرجع في يومه ، ورجع في الغد ، فعليه نصف الأجر للذهاب ، لا للرجوع ، إذ خالف فيه (الزرقا : ص ٤٣٢ - ٤٣٣) .

فإن هلكت العين المأجورة بعد التعدي فإنه لا أجر عليه لما قبل التعدي ، ولا لما بعده (الزرقا : ص ٤٣٣) .

١٤ - وكذا إذا استأجره قروي ليحمل عليه بُراً إلى المدينة ، ففعل ، ووضع عليه في الرجوع إلى بيته قفيز ملح بلا إذن ، فمرض ، فمات ، ضمن ، لغصبه ولا أجر ، إذ لا يجتمعان ، ولو سلم الحمار فله أجر ما سمي فقط ، إذ لا أجر للغصب (الزرقا : ص ٤٣٣) .

١٥ - استأجر حماراً لحمل متاعه في طريق معين ، فحمله في طريق آخر مخوف ، أو ليحمله على دابة معينة ، فحمله في البحر ، فتلف ، فإنه يضمه ، وإن أوصله سليماً وجب كل الأجر (الزرقا :

ص ٤٣٣)، لأن المعقود عليه إيصال المستأجر (بفتح الجيم) مال المستأجر (بكسر الجيم) وقد حصل ، ولكن مع المخالفة في كيفية الإيصال المشروطة ، ولا عبرة بالخلاف عند حصول المقصود (الزرقا : ص ٤٣٣) .

المستثنى :

١ - لو استأجر دابة لركوبه ، فركبها ، وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه ، وكانت الدابة تطيق حمل الاثنين ، فعطبت بعد بلوغ المقصد ، فعليه كل الأجر ، ويضمن نصف قيمتها ، وذلك لعدم اتحاد جهة الأجر ، وجهة الضمان (الزرقا : ص ٤٣١) .

٢ - استأجر حماراً ليحمل عليه اثني عشر وقرأ من التراب إلى أرضه بدرهم ، وله في أرضه لبن ، فصار كلما عاد يحمل عليه اللبن ، فإذا سلم الحمار في هذه الصورة يجب عليه كل الأجر ، ولا مانع من وجوب الأجر مع المخالفة ، وهذا خلاف ما عليه الفتوى (الزرقا : ص ٤٣٤) .

١٦ - إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم برّ مثلاً ، فحمل عليها أكثر دفعة واحدة ، فتلفت ، وكانت لا تطيق ما حملها ، ضمن كل قيمتها ، ولا أجر عليه ، لصيرورته غاصبا (الزرقا : ص ٤٣١)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٣١ - ٤٣٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٤ - ٧٥ ، درر الحكام ١/ ٨٩ .

**لا يجوز لأحد أن يتصرف
في ملك الغير بلا إذنه (م/٩٦)**

التوضيح :

التصرف في ملك الغير إما فعلي ، وهو الاستهلاك ، بأخذ أو إعطاء ، فهذا يعتبر بلا إذن تعدياً ، والمتصرف في حكم الغاصب ، فهو ضامن للضرر .

وإما قولي بطريق التعاقد كبيع ملك الغير ، أو هبته ، أو إجارته ، فإن أعقبه من المتصرف تسليم أصبح فعلياً ، وأخذ حكم الغصب ، وإن بقي في حيز القول كان فضولياً ، وعقد الفضولي يتوقف على إجازة المالك ، فإن أجازته صح ، وإن لم يجزه بطل .

والإجازة تلحق الأفعال كما تلحق الأقوال ، فالتصرف الفعلي بلا إذن المالك إذا أجازته المالك انقلب مأوذاً .

ومثل إذن المالك إذن من له حق الإذن من ولي أو وصي أو وكيل أو متولٍ .

وإذا تصرف الشخص ثم ادعى أن تصرفه كان بالإذن ، وأنكر المالك فالقول للمالك ، إلا في الزوج إذا كان قد تصرف في مال زوجته حال حياتها ، ثم اختلف مع ورثتها بعد موتها ، فادعى أنه كان بإذنها ، وأنكر الورثة فالقول للزوج .

ثم الإذن قد يكون صريحاً ، وذلك ظاهر ، وقد يكون دلالة .

التطبيقات :

١ - غصب شخص مال آخر بوضع اليد عليه بدون إذن ولا توكيل ، فهذا محظور ، ويجب عليه رد العين ، وإذا تلفت وجب الضمان (الزرقا : ص ٤٦١) .

٢ - تصرف شخص بالبيع أو الإجارة أو الهبة من مال غيره فإن تصرفه موقوف ، فإن لحقته الإجازة من المالك نفذ التصرف ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (الزرقا : ص ٤٦١ ، الدعاس : ص ٧٦) .

٣ - أتلف شخص مال غيره بالأكل ، أو الحرق ، أو الإلقاء في النار ، أو في البحر ، فإنه يضمن لأنه لا يجوز له أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه (الزرقا : ص ٤٦١) .

٤ - حفر شخص في ملك الغير بلا إذنه ، فيضمنه المالك النقصان ، ولا يجبر الحافر على الطم عند أبي حنيفة وأبي يوسف (الزرقا : ص ٤٦١) .

٥ - إذا حفر شخص في ملك غيره بلا إذنه ، ثم وقع حيوان في الحفرة فتلف ، ضمن الحافر ، لأنه متسبب متعدد ، إلا إذا كان الحفر في ملك الغير ورضي المالك قبل وقوع الحيوان ، فإنه يسقط الضمان حيثئذ ، ويصير كأنه حفر بإذن المالك ابتداء ، حتى إنه لو أراد الحافر أن يطم ما حفر فليس له الطم (الزرقا : ص ٤٦١) .

٦ - إذا أتلف شخص ملك غيره فإنه ضامن بكل حال ، سواء أجازاه المالك أم لا ، لأن الإجازة لا تلحق الاتلاف (الزرقا : ص ٤٦٢) .

٧ - تصرف شخص في ملك غيره تصرفاً قوياً ، كالبيع ، والهبة ،

والإجارة ، فهو فضولي ، فإن أعقبه التسليم كان غاصباً بالتسليم ، وضامناً ، وعقده موقوف ، فإذا لحقته إجازة المالك بشروطها لزم ، وشروطها : بقاء المالك ، والعين المتصرف فيها ، والمتعاقدين ، ويزاد في البيع : قيام الثمن لو كان من غير نقد ، بأن كان الثمن من غير النقود ، ويكون البيع حينئذ مقايضة بين أعيان ، فيكون كل من العوضين مبيعاً من وجه ، وثمناً من وجه (الزرقا : ص ٤٦٢) .

٨ - لو مرضت الشاة مع الراعي المستأجر في المرعى مرضاً لا ترجى حياتها معه ، فذبحها ، فإنه لا يضمنها ، لأن ذلك مأذون فيه دلالة (الزرقا : ص ٤٦٢) .

٩ - لو مات شخص في السفر ، فباع رفقاؤه تركته ، وهم في موضع ليس فيه قاض ، قال محمد : جاز بيعهم ، وللمشتري الانتفاع بما اشتراه ، ثم الوارث إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء أخذ ما وجد من المتاع ، وضمن ما لم يجد ، فقد صحح الإجازة مع هلاك المبيع ، لأن المتبايعين مأذونان هنا دلالة (الزرقا : ص ٤٦٣) .

١٠ - إذا غاب أحد الشريكين في الكرم المشترك قام الشريك الحاضر مقامه عليه ، فإذا أدركت الثمرة يبيعها ، ويأخذ حصته ، ويقف حصة الغائب ، فإذا قدم الغائب أجاز البيع أو ضمن البائع (م/١٠٨٦) فتصح الإجازة مع أن العنب مثلاً من الأثمار التي لا تبقى ، وذلك لأن الحاضر مأذون بالبيع وحفظ الثمن ، دلالة من شريكه الغائب الذي لا يرضى أن تترك حصته حتى تتلف (الزرقا : ص ٤٦٣) .

المستثنى :

خرج عن هذه القاعدة مسائل يجوز التصرف فيها بمال الغير ديانة بلا إذنه ، منها :

١ - يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاجه الأب ، أو الابن المريض بلا إذنه ، ولا يجوز في المتاع (الزرقا : ص ٤٦٣) .

٢ - يجوز للرفقة في السفر إذا مات أحدهم أو مرض أو أغمي عليه أن ينفقوا عليه من ماله ، وكذا لو أنفق بعض أهل المحلة على مسجد لا متولي له من غلته لحصير ونحوه ، أو أنفق الورثة الكبار على الصغار الذين لا وصي لهم ، ففي جميع ذلك لا يضمن المنفقون ديانة ، أما في القضاء فهم متطوعون (الزرقا : ص ٤٦٤) .

٣ - المدين إذا مات دائته ، وعليه دين لآخر مثله ، لم يقبضه ، فقضاه المدين ، أو مات رب الوديعة وعليه مثلها دين لآخر ، لم يقبضه ، فقضاه المودع ، أو عرف الوصي ديناً على الميت فقضاه ، فجميع تصرفاتهم هذه جائزة ديانة ، ولكنهم متطوعون حكماً ، أي قضاء (الزرقا : ص ٤٦٤) .

لكن في «جامع الفصولين» قوله : «لو قضى المودع دين مودعه بالوديعة ضمن على الصحيح» وهذا بإطلاقه يفيد ضعف القول بالجواز ديانة في خصوص المودع ، واحتمال كون مقابله قولاً بعدم الضمان قضاء احتمال بعيد ، لأنه قال في فرع الوصي : إذا عرف ديناً فقضاه ، لو أنكر الورثة الدين فأقام الوصي بينة على الدين تقبل ، وإذا عجز عن البينة فله تحليف الورثة (الزرقا : ص ٤٦٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٦١ - ٤٦٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٥ - ٧٦ ، درر الحكام ٩٦/١ .

الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل (م/٩٥)

التوضيح :

الأمر : مصدر أمر ، والغير : أي غير الأمر ، وباطل : أي لا حكم له ، فإذا كان المأمور عاقلاً بالغاً ، ولم يكن الأمر مجبراً للمأمور ، ولم يصح أمر الأمر في زعم المأمور ، فتكون العهدة فيه حيثنذ على المأمور المتصرف ، لأنه العلة المؤثرة ، والأمر سبب ، والأصل الإضافة إلى العلل المؤثرة لا إلى الأسباب المفضية الموصلة ، ولأن أمر الأمر إذا كان كذلك لا يجاوز أن يكون مشورة ، وهي غير ملزمة للمأمور ، ولا تصلح مستنداً له لتسويغ عمله .

فالملك هو ما يملكه الإنسان ، وقد أثبت الشرع لصاحبه فقط قدرته على التصرف به ، أما غير المالك فلا يجوز له التصرف به ، وذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، فمن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به ، وهذا فرع لقاعدة «لا يجوز التصرف في ملك الغير بلا إذنه» (م/٩٦) .

فإن تصرفه في هذه الحالة فتكون المسؤولية على المأمور ، لقاعدة «يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً» (م/٨٩) .

التطبيقات :

١ - أودع رجل ماله عند آخر ، وقال له : إن مت فادفعه لابني ، فمات

فدفعه إليه ، وله وارث غيره ضمن المودع نصيب الثاني ، لأنه تصرف في ملك الوارث بغير إذنه ، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل ، فالمودع أمر بالتصرف بملك الوارث الذي يملك التركة بمجرد الموت ، ولا يلزم بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير أن يكون ملك ذلك الغير قائماً حين الأمر ، بل يكفي أن يكون قائماً حين التصرف (الزرقا : ص ٤٥٩) .

٢ - لو قال رجل لآخر : إن مت فادفع هذا المال الذي أملكه ، إلى فلان ، وهو غير وارث ، فدفعه إليه ، ضمن الدافع كذلك (الزرقا : ص ٤٥٩) .

٣ - إذا أخبر شخص عن نفسه أنه وصي الميت ، ولم يضع يده على التركة ، ولكن أمر المُخْبِر أن يعمل بها بطريق المضاربة ، ففعل ، وضاع المال ، ثم لم تثبت وصايته ، فالذي عمل بالمال ضامن ، لعدم صحة الأمر ، وعدم نفاذه في ملك الغير ، ولا يضمن الأمر ، لأنه لم يضع يده على المال ، إلا إذا أوهم المأمور فيرجع عليه الضامن لتغيره (الزرقا : ص ٤٦٠) .

٤ - أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر ، أو يلقيه في البحر ، أو يحرقه ، أو أن يذبح شاته فلا عبرة لأمره ، والضمان على الفاعل (الدعاس : ص ٧٦) لأن المأمور عالم بأن المال لغير الأمر .

٥ - إذا لم يكن المأمور عالماً بأن المال لغير الأمر ، وأوهمه الأمر أنه له ، كما لو قال له : إذبح لي شاتي هذه (بياء المتكلم) فإن

لصاحب المال تضمين المأمور ، وللمأمور أن يرجع على الأمر بما ضمن لتغيره إياه (الدعاس : ص ٧٦) .

المستثنى :

إذا أكره شخص غيره إكراها ملجئاً بأن يتلف مال آخر ، أو يلقيه في البحر ، فيضمن المجبر (الدعاس : ص ٧٦) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٦١ - ٤٦٢ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٦ ،
درر الحكام ٩٥ / ١ .

لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي (٩٧/م)

التوضيح :

لا يجوز لأحد ما ، ولو كان والدًا ، أو ولدًا ، أو زوجًا ، أن يأخذ جادًا أو لاعبًا مال أحد ما ولو لولده ، أو والده ، أو زوجته ، بلا سبب شرعي يسوغ له الأخذ ، لأن حقوق العباد محترمة ، فإن أخذه كان ضامنًا .

والأصل في ذلك قوله ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى تردّه» (١) ولقوله ﷺ : «لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» (٢) .

أما إذا كان الأخذ بحق ثابت فيجوز ولو دون رضا صاحب المال ، إما مباشرة أو بعد القضاء ، وذلك لأن السبب الشرعي قد يكون قوياً فلا يحتاج في تجويز الأخذ إلى قضاء القاضي ، وذلك هو الكثير الغالب ، وقد يكون السبب ضعيفاً فلا يجوز الأخذ معه بدون رضا من عليه الحق إلا بقضاء القاضي .

(١) هذا الحديث رواه أبو داود (٢٦٥/٢) والترمذي (٤٨٢/٤) وابن ماجه (٨٠٢/٢) وأحمد (٨/٥ ، ١٢ ، ١٣) والبيهقي (٩٤/٦) ، وانظر : التلخيص الحبير (٥٣/٣) .
(٢) هذا الحديث رواه الإمام أحمد (٤٢٥/٥) والدارقطني (٢٥/٣) ، ٢٦) والبيهقي (٩٧/٦ ، ١٠٠) .

التطبيقات :

- ١ - يجوز للشخص أن يأخذ ثمن البياعات ، ومثل القرض ، وبديل المغصوب ، وبديل الإجارة إذا صار ديناً في الذمة ، كما إذا شرط تعجيله أو مضت مرحلة في إجارة الدابة للسفر ، أو يوم للسكنى ، أو فرغ الأجير من العمل ، ويجوز أخذ المال المكفول به ، والمال الموروث ، ونفقة الزوجة والأولاد والأبوين وأمثال ذلك ، فيجوز أخذه شرعاً بلا قضاء القاضي ، وإن لم يرض من عليه الحق ، لأن له سبباً قوياً شرعياً يبيح الأخذ (الزرقا : ص ٤٦٦) .
- ٢ - لا يجوز استرداد العين الموهوبة من الموهوب له بدون رضا من عليه الحق ، إلا بقضاء القاضي بالرجوع في الهبة ، لأن السبب ضعيف (الزرقا : ص ٤٦٦) .
- ٣ - لا يجوز أخذ نفقة غير الزوجة والأولاد والأبوين من الأقارب بدون رضا من عليه النفقة ، إلا بقضاء القاضي بالنفقة ، لأن السبب ضعيف (الزرقا : ص ٤٦٦) .
- ٤ - لا يجوز لأولاد البنات أن يتناولوا من غلة الوقف على الأولاد ، وعند وجود أولاد البنين ، إلا بقضاء القاضي بدخول أولاد البنات في الوقف (الزرقا : ص ٤٦٦) .
- ٥ - لا يجوز للمشتري أن يأخذ من بائعه ما دفعه له من ثمن المبيع الذي ظهر له أنه ملك الغير إلا برضا البائع أو بقضاء القاضي بالاستحقاق الموجب للرجوع بالثمن بشروط (الزرقا : ص ٤٦٦) .
- ٦ - لا يجوز للمشتري أن يأخذ من البائع ما دفعه له من ثمن مبيع ظهر بعد القبض معيماً إلا برضا البائع ، أو بقضاء القاضي بالرد بالعيب (الزرقا : ص ٤٦٦) .

٧ - لا يجوز للشفيع أخذ العقار المبيع بالشفعة إلا برضا المشتري أو بقضاء القاضي بالشفعة (الزرقا : ص ٤٦٦) .

٨ - لا يجوز للدائن أن يأخذ دينه من غير جنسه في المذهب إلا برضا المدين ، أو بقضاء القاضي ببيع مال المدين وصيرورته من جنس الدين .

ولكن الفتوى في العصور الأخيرة على جواز الأخذ لدينه من غير جنسه إذا ظفر الدائن بغير جنس حقه من مال المدين من غير حاجة إلى أن يبيعه القاضي بجنس الدين ، لكثرة العقوبات (الزرقا : ص ٤٦٦ ، الدعاس : ص ٧٧) .

ويجوز أخذ الدائن حقه الثابت من مال المدين المماثل والجاحد (من جهة الديانة) إذا دخل في يده ، ولو بدون علم المدين ، ومن غير جنس دين الدائن ، وبدون القضاء له به لفساد الذمم ، وهذا ما أفتى به المتأخرون ، وإن كان نظام القضاء في الشريعة لا يقر هذا الأخذ ، وهذا مما يختلف فيه حكم الديانة عن القضاء (الدعاس : ص ٧٧) .

٩ - من أخذ لقطة لنفسه كان غاصباً ضامناً ، بل يجب عليه أن يلتقطها بقصد حفظها وتعريفها ، وردها إلى صاحبها متى ظهر ، وإن لم يظهر فسييلها الصدقة (الدعاس : ص ٧٧) .

المستثنى :

١ - إذا كان السبب شرعياً في الظاهر ، ولكن لم يكن في الواقع ونفس الأمر حقيقاً ، كالصلح عن دعوى كاذبة على بدل ، فإن بدل ذلك الصلح يقضى له به ، ولكن لا يحل له ، ويجب عليه ديانة رده إن

أخذه ، وإن كان السبب في الحكم الظاهر شرعياً وقضى به القاضي ، لأنه - والحالة هذه - رشوة ، أخذه لقاء كف ظلمه وتعديه بهذه الدعوى الكاذبة التي لا تسوغ له أخذ البدل فيما بينه وبين ربه سبحانه ، وهذه يختلف فيها حكم القضاء عن حكم الديانة بعكس الأولى ، لما رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن ومالك وأحمد عن النبي ﷺ أنه قال : «إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتها»^(١) ، وفي رواية «أن المتخاصمين بكيا ، وقال كل واحد منهما : حقي لصاحبي ، فقال : اذهبا فتوخيا ، ثم استهما ، ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه» (الزرقا : ص ٤٦٥ ، الدعاس : ص ٧٧) .

٢ - لو اعترف بعد الصلح بكونه مبطلاً في الدعوى ، وأنه لم يكن له على المدعي شيء ، بطل الصلح ، ويسترد المدعي عليه البدل (الزرقا : ص ٤٦٥)(٢) .

(١) صحيح البخاري (٩٣٤/٢ ، ٢٦٢٢/٦) ومسلم (٤/١٢) سنن أبي داود (٣٧٠/٢) جامع الترمذي (٥٦٨/٤) سنن النسائي (٢٠٥/٨) سنن ابن ماجه (٧٧٧/٢) الموطأ (ص ٤٤٨) السنن الكبرى (١٤٤/١٠) مسند أحمد (٢٠٣/٦) .
(٢) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٦٥ - ٤٦٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٧ ، درر الحكام ٩٨/١ .

يُضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر
ما لم يكن مُجْبِراً (م/٨٩)

التوضيح :

يُضاف الفعل أي ينسب حكمه ، لأن الشرع يبحث عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها ، لا من حيث ذواتها ، إلى الفاعل ويقتصر عليه إذا كان بالغاً عاقلاً ، ولم يصح أمر الأمر في زعمه ، لأن الفاعل هو العلة للفعل ، ولا ينسب الفعل إلى الأمر به ، لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل (م/٩٥) ومتى بطل الأمر لم يضمن الأمر ، ولأن الأمر قد يكون سبباً ، والفاعل علة ، والأصل في المعاملات أن تضاف إلى عللها ، لأنها المؤثرة فيها ، لا إلى أسبابها ، لأنها الموصلة إليها في الجملة ، والموصل دون المؤثر .

ولأن القاعدة في الشرع أنه «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»^(١) فالعاقِل المكلف إذا أمره غيره بإتلاف مال أحد مثلاً أو قتله مباشرة أو تسبياً ، كان أمره باطلاً ، لوجوب مخالفته ، والباطل في حكم العدم ، فعلى هذا : فالفعل وما يترتب عليه يضاف إلى الفاعل ، لا إلى الأمر .

(١) هذا نص حديث شريف ثبت بألفاظ متعددة ، ورواه مسلم (٢٢٧/١٢) وأبو داود (٣٨/٢) والنسائي (١٤٢/٧) وابن ماجه (٩٥٥/٢) وأحمد (١٢٩/١) ، ١٣١ ، ٤٢٦/٤ ، ٤٢٧ ، ٤٣٢ ، ٦٦/٥ ، ٦٧ ، ٦٩) والحاكم (١٢٣/٣) ، ٣٥٦ .

ثم إنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الأمر ما لم يكن الأمر مجبراً أي مكرهاً للفاعل على الفعل بالإكراه الملجئ ، فإذا كان مكرهاً له عليه فحيثئذ ينسب ما يمكن نسبته من حكم الفعل إلى الأمر ، لا إلى الفاعل ، لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكره .

التطبيقات :

١ - لو أمر إنسان غيره بإتلاف مال ، أو تعييبه ، أو بقطع عضو محترم ، أو بقتل نفس ، أو بحفر حفرة بالطريق العام فوق فيها حيوان ، أو بارتكاب جريمة ، كقتل نفس معصومة ففعل المأمور ذلك ، فالضمان والقصاص على الفاعل ، لا على الأمر ، لأن المأمور هو المباشر والمؤاخذ والضامن ، لأنه هو الفاعل دون الأمر ، إلا إذا كان الأمر مجبراً ومكرهاً للفاعل على الفعل ، فالضمان والقصاص يكون على الأمر إذا كان إكراهه له بملجئ (م/٩٤٩) ولا عبرة لغير الملجئ في مثل هذا ، لأنه من التصرفات الفعلية (م/١٠٠٧) .

ومن الإكراه المعتبر ها هنا أيضاً ما إذا كان المكره الأمر سلطاناً ، فإن أمره إكراه (الزرقا : ص ٤٤٣ - ٤٤٤ ، الدعاس : ص ٧٨) .

٢ - إذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ، ورجع على الأمر (الزرقا : ص ٤٤٤) .

٣ - لو قال : احفر لي ، أو قال : احفر في حائطي ، أو كان ساكناً في تلك الدار ، أو استأجره على ذلك ، غرم الحافر ، ورجع على المالك ، لأن ذلك كله من علامات الملك ، وإلا فلا يرجع ، لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور (الزرقا : ص ٤٤٤) .

٤ - لو أمر غيره أن يذبح له هذه الشاة ، وكانت لجاره ، ضمن الذابح ،

علم أو لا ، لكن إذا علم لا يكون له حق الرجوع ، وإلا رجع ،
وقوله «يذبح له» يصحح أمر الأمر بزعم المأمور ، لأن علامات
الملك إنما تنفع إذا لم يعلم المأمور أنه للغير ، أما إذا علم فإنها لا
تنفع (الزرقا : ص ٤٤٤) .

٥ - لو قال رجل لأهل السوق : بايعوا ابني هذا فقد أذنت له بالتجارة ،
فبايعوه ، ثم ظهر أنه ابن الغير ، رجعوا على الرجل ، لأن الأمر
بقوله «بايعوا» والإضافة بقوله : «ابني» يصححان أمر الأمر في زعم
المأمور ، ويجعلانه مغروراً من قبل الأمر ، فلا يقتصر فعل هؤلاء :
من الحفر ، والذبح ، والمبايعة عليهم ، بل يرجعون بما تضرروا به
على الأمر (الزرقا : ص ٤٤٥) .

المستثنى :

١ - لو أمره بقضاء ديونه عليه ، أو بالإتفاق عليه ، أو ببناء داره مثلاً ،
فالمأمور يكون وكيلاً يرجع على الأمر بما أنفق .

لأنه يشترط كون الأمر مجبراً لأجل إضافة حكم الفعل إليه إذا لم
يكن أمره للغير يتضمن الأمر بالضمان ، ولم يكن أمره له بدفع مال
عنه لقاء واجب دنيوي عليه يطالب به بالحبس والملازمة ، أو لقاء
سلامة الأمر ، أما إذا كان شيء من ذلك فلا يشترط لإضافة حكم
الفعل إليه والرجوع عليه كونه مجبراً ، فقضاء الدين واجب دنيوي
على الأمر يطالب به بالحبس والملازمة ، وكذا الإتفاق على نفسه
أو على بناء داره ، لأن ما أنفقه المأمور كان لقاء ما أدخله بواسطة
إنفاقه في ملك الأمر من الطعام والكسوة والبناء (الزرقا : ص ٤٤٥ ،
الدعاس : ص ٧٨) .

٢ - لو أمر الأسير غيره بفدائه ، ففعل ، رجع عليه ، لأن ما دفعه المأمور على الأمر بلا اشتراط ، وهو القول المصحح ، وفي قول مصحح آخر على عدم الرجوع بلا اشتراط ، وهذا هو الأصح وعليه الفتوى (الزرقا : ص ٤٤٥) .

٣ - لو كان المأمور أجيراً خاصاً للأمر ، فتلف بعمله شيء من غير أن يجاوز المعتاد ، فالضمان على أستاذه الأمر له ، فلو تخرق الثوب من دقه ، أو غرقت السفينة من مده ، فالضمان على أستاذه الأمر (الزرقا : ص ٤٤٦) .

٤ - لو أمره برش الماء في فنان دكانه ، فرش ، فما تولد منه فضمانه على الأمر ، وإن بغير أمره فالضمان على الراش .

وفصل في «جامع الفصوليين» في مسألة ما لو أمره برش الطريق : بين تلف الدابة فيضمنه مطلقاً ، وبين تلف الآدمي فيضمنه إذا رش كل الطريق ولم يترك ممراً (الزرقا : ص ٤٤٦) .

٥ - إذا كان المأمور غير عاقل ، أو كان صبيّاً ، فإن الفعل يضاف إلى المأمور ، ويضمن المال الذي أتلفه ، ودية العضو أو النفس ، لأن المحجورين يضمنون الضرر الذي نشأ من فعلهم ، ولكن لا يقتصر الضمان عليهم ، بل يرجعون بما ضمنوه على الأمر إذا كان أمره معتبراً بأن كان بالغاً عاقلاً ، أما إذا كان صغيراً أو غير عاقل فلا يرجع إليه (الزرقا : ص ٤٤٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٤٣ - ٤٤٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٨ ، درر الحكام ٩٠ / ١ .

المباشر ضامن وإن لم يتعمد (م/٩٢)

التوضيح :

المباشر هو الذي يحصل الضرر بفعله ، ويحصل الأثر بفعله من غير أن يتدخل بينهما فعل فاعل مختار ، فالمباشر ضامن لما تلف بفعله إذا كان متعديا فيه ، ويكفي أن يكون متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له فيه ، سواء كان نفس الفعل سائغاً ، كمن رمى صيداً ، أو سقط على شيء ، أو كان غير سائغ كما لو ضرب معصوماً فأصاب آخر نظيره ، فإنه يضمن حينئذ ، وإن لم يتعمد الإثلاف ، لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإثلاف ، ولا يرفع عنه ضمان المتلف بعد أن كان متعدياً ، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإثلاف ، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم وهو الضمان عن المباشر المتعدي .

التطبيقات :

- ١ - رمى صيداً فأصاب رجلاً ، فإنه ضامن وإن لم يتعمد (الدعاس : ص ٧٨) .
- ٢ - لو زلق إنسان فوق وقع على مال آخر فأثلفه ، أو أثلف إنسان مال إنسان يظنه مال نفسه ، فإنه يضمن في الصورتين (م/٩١٣ ، ٩١٤) (الزرقا : ص ٤٥٣ ، الدعاس : ص ٧٨) .

٣ - لو سقط من ظهر الحمال شيء فأتلف مال أحد ضمن الحمال (الزرقا : ص ٤٥٣) .

٤ - لو طرق الحداد الحديدية المحماة فطار شررها فأحرق ثوب إنسان مار في الطريق ضمنه الحداد (الزرقا : ص ٤٥٣ ، الدعاس : ص ٧٩) .

٥ - لو انقلب النائم ، أو الصغير ، ولو لا يعقل أصلاً ، على مال لغيره فأتلفه ، أو شخص فقتله ، فإنه يضمن وإن لم يتعمد (الزرقا : ص ٤٥٤ ، الدعاس : ص ٧٩) .

وكل هذه الأفعال لا توصف بالحظر ، ولا إثم فيها ، وقد حكم على فاعليها بالضمان بما اتصلت به مما له مسوغ (الزرقا : ص ٤٥٤ ، الدعاس : ص ٧٩) .

المستثنى :

١ - لو قتل الإنسان من جاء ليقتله ، أو ليأخذ ماله ، وكان لا يمكن دفعه إلا بالقتل ، فإنه لا يضمن ، مع أنه مباشر للفعل ، وذلك لكونه غير متعمد ، وله فيه مسوغ ، ولذلك يقيد المباشر الضامن بما إذا كان متعمداً ، ليخرج من القاعدة غير المتعمدي ، فلا يضمن ، لعدم مساعدة الإيجاب الشرعي بالدفاع دخوله فيه .

٢ - لو كان المباشر للإتلاف في ملكه ، ولكن اتصل به مسوغ له ، كما لو حفر في ملكه أو سقى أرضه سقياً معتاداً ، فتلف بحفره ، أو سقيه هذا شيء ، فإنه لا يضمنه لكونه في ملكه ، ولم يتجاوز فيه (الزرقا : ص ٤٥٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٥٣ - ٤٥٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٨ - ٧٩ ، درر الحكام ٩٣/١ .

المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد (م/٩٣)

التوضيح :

المتسبب هو الذي يكون فعله مفضياً إلى الحكم دون مباشرة إليه ، فيكون متسبباً للضرر بأن يفعل ما يفضي ويوصل إليه ، فإنه لا يضمن ما أفضى إليه عمله من الضرر ، بشرط أن لا يكون متعدياً ، لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف إلا إذا كان متعدياً (م/٩٢٤) .

ويكفي في كونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له ، وكان فعله مقروناً بالتعمد ، لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد .

ويعني بالتعمد : أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه ، ولا يشترط أن يقصد أيضاً ما يترتب على ذلك الأثر ، فلو رمى بالبندقية ، فخافت الدابة ، فندت وأتلفت شيئاً ، فإنه يشترط لصيرورته ضامناً أن يكون قصد الإخافة فقط (م/٩٢٣) ولا يشترط لصيرورته ضامناً أكثر من ذلك ، بأن يكون قصد الإخافة لأجل الإتلاف ، كما أنه يكفي لتضمينه بسوقها أن يكون قصد بالسوق أثره المترتب عليه وهو سيرها ، ولا يشترط أن يكون قصد سيرها لتلف .

التطبيقات :

١ - لو دفع السكين إلى صبي ، فوقع من يده ، فجرحته ، أو حفر في

غير ما له حقُّ الحفر فيه ، فتدهور من حفرتة حيوان فهلك ، أو سقى أرضه سقياً غير معتاد ، فأضر بجاره ، ضمن في الصور كلها لتعديده وتعمره (الزرقا : ص ٤٥٥ ، الدعاس : ص ٧٩) .

٢ - لو قعد إنسان في الطريق للبيع بغير إذن ولي الأمر فتلف بعوده شيء يضمنه ، أما لو كان قعوده بإذن ولي الأمر فإنه لا يضمن (الزرقا : ص ٤٥٦) .

٣ - إذا لم يتعد أصلاً ، كما لو حفر في محل له حق الحفر فيه ، أو سقى سقياً معتاداً فتلف بعمله شيء ، أو تعدى ولكن لم يتعمد ، كما لو رمى بالبندقية ولم يقصد إخافة الدابة ، ولكن حصل خوفها ، أو ساق دابة مخصوصة فانسأقت أخرى بجانبها وأتلفت ، لا يضمن في الكل ، لعدم التعدي أم لعدم التعمد (الزرقا : ص ٤٥٦) .

٤ - لو حفر مثلاً حفرة في الطريق العام ، أو حفر فيه بئراً ، أو بأرض الغير ، بدون إذن (ومثل ذلك إذا أذن له في العمل والحفر ، ولكن قصر حيث أهمل بعض القيود ، فلم يضع حواجز حول الحفرة) فوقع فيها حيوان أو شخص أعمى ، فإن المتسبب ، وهو الحافر ، يضمن ضرر الأنفس والأموال ، لكونه يعد متعدياً (الدعاس : ص ٧٩) .

٥ - لو قطع شخص حبل قنديل مُعلق ، فسقط ، أو شق زِقَّ سمن فسال ، أو فتح باب قفص ، أو اصطبل ، حتى فر الطائر ، أو الدابة ، فإنه يضمن في كل ذلك ؛ لأنه متعمد ومتعدٍ (الدعاس : ص ٧٩) .

٦ - لو حفر بئراً أو حفرة في أرضه فدخل حيوان لجاره ، وسقط فيه ، أو حفر حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر ، وأحاطها بحاجز ، فسقط فيها أعمى ، أو حيوان ، فلا ضمان عليه ، لكونه غير متعمد في تسببه (الدعاس : ص ٧٩) .

٧ - لو حفر في ملك غيره ، فتدهور في حفرة حيوان ، فهلك ، وكان المالك قد تقدم منه رضا بالحفر قبل أن يقع الحيوان في الحفرة ، سقط الضمان على الحافر ؛ لأنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه (م/٩٦) والإذن إما أن يكون سابقاً ، أو بالإجازة لاحقاً (الزرقا : ص ٤٥٦ ، ٤٦١) ^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٥٥ - ٤٥٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٧٨ - ٧٩ ، درر الحكام ٩٤/١ .

جناية العجماء جُبار (م/٩٤)

التوضيح :

العجماء : البهيمة ، وجناية العجماء أي جرحها ، وما تفعله من الأضرار بالنفس أو بالمال ، وما يصدر عنها من ضرر ، وجبار : أي هدر وباطل ، ولا مؤاخذه فيه ، ولا ضمان على صاحبه ، إذا لم يكن منبعضاً عن فعل فاعل مختار ، كسائق ، أو قائد ، أو راكب ، أو ضارب ، أو ناخس ، أو فاعل للإخافة .

وإن ما تفعله البهائم من تلقاء نفسها ، لا ضمان عليه .

وهذه القاعدة مأخوذة من حديث شريف صحيح ، رواه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه ، والطبراني عن عمرو بن عوف رضي الله عنه ، بلفظ «العجماء جُرْحُها جُبار»^(١) وجرحها : ما يصدر عنها من ضرر .

التطبيقات :

١ - لو كان راكب الدابة يسير في ملكه ، فتفحت برجلها ، أو بذنبها ، أو كدمت بفمها ، أو ضربت بيدها ، فلا ضمان عليه (م/ ٩٣٠) ،

(١) صحيح البخاري (٢٥٣٣/٦) صحيح مسلم (٢٢٥/١١) مسند أحمد (٢/٢٢٨ ، ٢٣٩ ، ٢٥٤ ، ٢٧٤) .

بخلاف ما لو داست شيئاً وأتلفته ، فإنه يضمن ، وإن كان يسير في ملكه ، لأنه جانيته ، لا جانيته (الزرقا : ص ٤٥٧) .

٢ - لو قطعت الدابة رباطها ، وشردت ، أو جفلت ، أو نفحت برجلها ، أو بذنبها ، فأضرت أحداً ، فلا ضمان على صاحبها (الدعاس : ص ٨٠) .

٣ - لو اغتالت هرة شخص طائراً لغيره ، فلا ضمان على صاحب الهرة (الدعاس : ص ٨٠ ، الدعاس : ص ٤٥٨) .

٤ - لو ربط اثنان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه ، فأتلفت إحداهما الأخرى ، فلا ضمان على صاحبها (م/ ٩٣٩) .

المستثنى :

١ - لو أتلفت العجماء شيئاً بنفسها ، وكان صاحبها يراها ، فلم يمنعها ضمن (م/ ٩٢٩) والظاهر تقييده بما إذا كان قادراً على منعها (الزرقا : ص ٤٥٨) .

٢ - إذا كانت جناية العجماء منبعثة من الإنسان ، أو تقصيره ، كانت مضمونة ، كما إذا أجفل الدابة ، فضربت أحداً فإنه يضمن ، وكذا لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن ، وكذا لو سيب دابته في الطريق العام ، أو في ملك الغير يضمن الضرر الذي أحدثته (الدعاس : ص ٨١) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٥٧ - ٤٥٨ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٠ - ٨١ ، درر الحكام ٩٥/١ .

يقبل قول المترجم مُطلقاً (م/٧١)

التوضيح :

المترجم : هو من يفسر لغة بأخرى ، ويقبل قول المترجم الواحد في الدعاوى والبيّنات ، وما يتعلق بها ، مطلقاً أي في أي نوع كان منها ، ولو في الحدود والقود .

واتخاذ المترجم وقع قديماً في الجاهلية والإسلام ، واستعمله النبي ﷺ ، فإنه لما جاءه سلمان الفارسي رضي الله عنه ترجم يهودي كلامه فخان فيه ، فنزل جبريل عليه السلام بذلك ، فأمر النبي ﷺ زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه أن يتعلم العبرانية ، فكان يترجم بها للنبي ﷺ .

والترجمان مؤتمن ، وقوله حجة إذا توفرت شروطه ، وشرائط المترجم هي :

١ - يشترط أن يكون المترجم في الحدود والقود رجلاً ، فلو كان امرأة لا يقبل ، زيادة في الاحتياط .

٢ - يشترط أن يكون المترجم مطلقاً ، ولو في غير الحدود ، عدلاً ، غير فاسق ، فلو كان فاسقاً لا يقبل ، لأن الفاسق غير مؤتمن ، ولو كان أكثر من واحد ، وكذا لو كان مستور الحال ، فإن خبره - كخبر الفاسق - لا يقبل ، وإن كان متعدداً إلا في عشر مسائل ، يكتفى

فيها بأحد شطري الشهادة : العدد والعدالة ، فيقبل فيها خبر
المستورين كالفاسقين ، وهي :

عزل الوكيل ، وعزل المتولي ، وعزل القاضي ، وحجر المأذون ،
وفسخ الشركة ، وإخبار البكر بالنكاح ، وإخبار الشفيع بالبيع ،
وإخبار المسلم الذي لم يهاجر بالشرائع ، وإخبار المشتري بالعيب ،
وإخبار السيد بجناية عبده ، فلو أخبر بهذه واحد عدل ، أو اثنان
ولو فاسقين يقبل .

٣ - أن يكون عارفاً باللغتين : المُترجم عنها ، والمُترجم لها معرفة
كافية ؛ ليكون مأمون الخطأ والخلط .

٤ - أن يكون الحاكم غير عالم بلغة الخصوم ، أو الشاهدين لدى
الاستشهاد ، فلو كان الحاكم يعلم لغة الخصوم والشهود فلا يقبل
قول المترجم .

٥ - أن يكون المترجم بصيراً ، لأنه لو كان أعمى لا يؤمن عليه اشتباه
النگمات ، فلا تقبل ترجمته عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف .

التطبيقات :

ومعنى الإطلاق الوارد في القاعدة أنه يقبل قول المترجم في جميع
أنواع الدعاوى والبيانات ، رجلاً كان أو امرأة (الدعاس : ص ٨٤) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٥٣ - ٣٥٦ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٤ ،
الفروق للقرافي ٩ / ١ .

المرء مؤاخذ بإقراره (م/٩٧)

التوضيح :

المرء يتحمل نتيجة إقراره ، ويؤاخذ به ، إذا كان كامل الأهلية ؛ لأن المفروض أنه أعلم من غيره بما فعل من أسباب الالتزام ، وبما عليه من حقوق ، وله ولاية على نفسه بإنشاء العقود وغيرها ، بل عليه شرعاً أن يكشف ما عليه من الالتزامات ، لأن كتمان حقوق الناس وهضمها حرام ، لذا يقول تعالى : ﴿وَلْيُسْمِّلْ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ، وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ (البقرة/ ٢٨٢) ، فقد أمر المدين بالإملاء ، أي الإملاء ، واعتبر ذلك توثيقاً للدين ، وهذا معنى المؤاخذة بالإقرار ، فلو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه .

ويشترط في الإقرار أن يكون المقر بالغاً عاقلاً طائعاً فيه ، ولم يصر مكدباً فيه بحكم الحاكم ، ولم يكن محالاً من كل وجه عقلاً أو شرعاً ، ولم يكن محجوراً عليه ، وأن لا يكون مما يكذبه ظاهر الحال ، وأن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة (م/١٥٧٣ ، ١٥٧٥ ، ١٥٧٧ ، ١٥٧٨ من المجلة) .

التطبيقات :

- ١ - لو أقر وهو صغير أو معتوه أو مكره لا يعتبر إقراره إلا في السارق إذا أقر مكرهاً ، فأفتى بعضهم بصحته (الزرقا : ص ٤٠١) .

٢ - إذا صار المقر مكذباً بحكم الحاكم بطل إقراره (م/١٥٨٧ ، ١٦٥٤) كما إذا ادعى مشتري العقار أنه اشتراه بألف مثلاً ، وأثبت البائع أن الشراء كان بألفين ، وقضى له ، فإن الشفيع يأخذه بألفين ، وإن كان المشتري أقر بالشراء بألف ، لأنه لما قضى عليه بالبينة صار مكذباً بحكم الحاكم ، وبطل إقراره (الزرقا : ص ٤٠١) .

٣ - إذا كان المقرُّ به محالاً من كل وجه عقلاً ، كما إذا أقر له بأرض يده التي قطعها وهي قائمة ، أو كان المقر به محالاً من كل وجه شرعاً ، كما إذا أقر لوارث معه أنه يستحق بطريق الإرث أكثر من حصته الشرعية كان باطلاً (الزرقا : ص ٤٠٢) .

٤ - لو أقر بالدين بعد أن قبل إبراء الدائن منه كان باطلاً (الزرقا : ص ٤٠٢) .

٥ - لو أقرت المرأة أن المهر الذي لها على زوجها هو لفلان ، أو لوالدها ، فإنه لا يصح (الزرقا : ص ٤١٠) .

٦ - لو أقر لزوجته بنفقة مدة ماضية كانت فيها ناشزة ، فإنه لا يصح إقراره (الزرقا : ص ٤٠٢) .

٧ - إذا كان المقر به ليس محالاً من كل وجه ، بأن يمكن ثبوته في الجملة ، كما إذا أقر لصغير بقرض ، أو ثمن مبيع باعه إياه ، أو أقرضه ، صح وإن كان لا يتصور صدوره من الصغير ، لأن المقر محل لثبوت الدين عليه للصغير في الجملة (الزرقا : ص ٤٠٢) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٠١ - ٤٠٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٦ ، وانظر : سائل الإثبات ٢٣٣ ، درر الأحكام ٧٩/١ .

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقام الظاهر (م/٦٨)

الألفاظ الأخرى :

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه .

التوضيح :

يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته ، فكثير من الأحكام الشرعية المعلومة التي لا تثبت إلا بثبوت عللها ، قد تكون عللها خفية يعسر الاطلاع عليها ، فأقام الشرع الأمارات الدالة عليها مقامها ، وأثبت الحكم بثبوت الأمارات الدالة على العلة الحقيقة .

ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه فيحال الحكم عليه ، ويجعل وجود الدليل وثبوتة بمنزلة وجود المدلول وثبوتة ، يعني أنه يحكم بالظاهر ، وهو الدليل ، فيما يتعسر الاطلاع عليه ، وهو الأمر الباطني .

والمراد من الدليل هنا : العلامة ، كالنصب التي وضعت لتدل على الإذن بالدخول أو على عدمه ، لا ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر ؛ لأن ذلك ليس من الظاهر بل من القطعي الذي لا يتخلف .

وهذه القاعدة لها صلة وثيقة بمبدأ القضاء بالقرائن .

التطبيقات :

١ - الرضا في العقود مثلاً من الأمور الباطنة ، وهو خفي ، ومن العسير أو المستحيل الوقوف عليه فجعل الشرع الإيجاب والقبول دليلاً ، وقائماً مقامه (الدعاس : ص ٨٥) .

٢ - تعمد القتل أمر خفي ، فإن قصد القتل لا يوقف عليه ، فجعل الشرع استعمال القاتل الآلة الجارحة المفرقة للأجزاء ، أو المذهبة للأرواح ، دليلاً على التعمد والقصد (الزرقا : ص ٣٤٦ ، الدعاس : ص ٨٥) .

٣ - إن المشتري إذا اشترى ما لم ير فله الخيار عند الرؤية ، ولكن إذا تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط خياره ، فقد جعل تصرفه دليل الرضا (الدعاس ص ٨٥) .

٤ - إن المشتري إذا اطلع على عيب قديم في المبيع ، فداواه ، أو عرضه للبيع مثلاً ، كان ذلك رضا منه بالعيب (الزرقا : ص ٣٤٥) ، فمداواته ، أو عرضه للبيع دليل الرضا .

٥ - إذا أوجب أحد المتعاقدين ، فتشاغل الآخر بما يدل على الإعراض من قول أو عمل بطل الإيجاب (الزرقا : ص ٣٤٥) .

٦ - إن الملتقط إذا أشهد حين الأخذ ، وعرفها ، كانت أمانة عنده لا تضمن ، وإلا فهي غصب ، لأن القصد لا يوقف عليه ، فالإشهاد والتعريف دليل قصد الرد على المالك ، وقال أبو يوسف : لو لم يُشهد أو لهم يعرفها ، فقال المالك : أخذتها لنفسك ، وقال الأخذ :

أخذتها لأردھا ، فالقول قول الآخذ بيمينه ، وهو المعتمد (الزرقا : ص ٣٤٥) .

٧ - إن من رأى شيئاً في يد آخر يتصرف فيه تصرف الملاك بلا معارض ، ولا منازع ، وكان ممن يملك أمثاله مثله ، جاز له أن يشهد له بأنه ملكه ، لأن الملك من الأمور الخفية غير المشاهدة ، وإنما تشاهد دلائله من وضع اليد والتصرف (الزرقا : ص ٣٤٦) .

٨ - عدم سماع الدعوى فيما إذا تركها المدعي مدة مرور الزمن المقدر بـ (٣٦) سنة في الوقف وبـ (١٥) سنة في غيره (الزرقا : ص ٣٤٦) ، لأن تركه الدعوى مدة مرور الزمن دليل عدم الحق الذي هو من الأمور الخفية .

٩ - لو كان شخص حاضراً عقد البيع ، ثم شاهد المشتري يتصرف بالمبيع تصرف الملاك في أملاكهم من هدم وبناء ونحوهما ، وهو ساكت بلا عذر ، وبعد ذلك جاء البائع يدعي بأن هذا المبيع ملكه ، فإن دعواه لا تسمع ، وإن لم يمض عليها مرور الزمن (م/١٦٥٩ ، ١٦٦٠) لأن سكوته دليل عدم الحق الذي هو من الأمور الخفية (الزرقا : ص ٣٤٦) .

١٠ - إقامة الخلوة بالزوجة مقام الوطاء في التزام الزوج كل المهر ، لأن الوطاء مما يخفى ، والخلوة الصحيحة دليل عليه ، فأقيمت مقامه (الزرقا : ص ٣٤٦) .

١١ - إن العمال والجباة والتابعين لبيت المال ومتولي الأوقاف وكتبتهما إذا توسعوا في الأموال ، وبنوا الأماكن ، وظهرت عليهم مظاهر

الغنى ، وتعاطوا أنواع اللهو كان ذلك دليلاً على خيانتهم الباطنة وارتشائهم ، ويجوز للحاكم عزلهم ومصادرة أموالهم ، ما لم يثبتوا لها مصدراً ، فإن عرف خيانة أرباب الأوقاف في وقف معين رد المال إليه ، وإلا وضعه في بيت المال .

وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فكان إذا استعمل عاملاً (موظفاً) كتب ماله ، ثم إذا وجد عنده فضلاً ليس له مصدر صادره ، أو شاطره إياه على حسب قوة التهمة ، ووضعه في بيت المال ، وقد مرّ ببناء يبنى بالحجارة والجص ، فقال : لمن هذا؟ فذكروا عاملاً له على البحرين ، فقال : «أبت الدراهم إلا أن تخرج أعناقها» وشاطره ماله ، وكان يقول : «لي على كل خائن أمينان : الماء والطين» وقد صادر الحارث بن وهب الليثي ، وقال له : ما قِلاص وأعبد بعتها بمائة دينار؟ فقال : خرجت بنفقة لي فاتجرت فيها ، قال : إنا والله ما بعثناك للتجارة ، أدها ، قال : أما والله لا أعمل لك بعدها ، فقال عمر : إنا والله لا أستعملك بعدها ، وقد شاطر عمرو بن العاص والي مصر ماله ، رضي الله عنه وأرضاه (الزرقا : ص ٣٤٦ ، الدعاس : ٨٥) .

١٢ - اختلاف الزوجين في متاع البيت فما يكون للرجل يجعل في يد الزوج ، وما يكون للنساء يجعل في يدها (الدعاس : ص ٨٦) .

١٣ - ردهم شهادة الأجير الخاص لمستأجره ، وشهادة الآباء للأبناء ، والزوج لزوجته ، وعكسه ، فأقاموا دليل الخيانة في الأموال من العمال ، ودليل المحاباة في الشهادة ، مقام الاطلاع على الخيانة

والمحابة ، حيث كانت الخيانة والمحابة من الأمور الباطنة
(الزرقا : ص ٣٤٧) .

١٤ - لو دخل رجل معروف بالدعارة على رجل في منزله ، فبادره
صاحب المنزل فقتله ، وقال : إنه دخل ليقتلني ، لم يجب
القصاص ، حيث كان الداخل معروفاً بالدعارة (الزرقا :
ص ٣٤٧) .

المستثنى :

لو أدخلت المرأة حلمه ثديها في فم الرضيع ، ولم يُدر أدخل اللبن
في حلقه أم لا؟ فإنه لا يحرم (الزرقا : ص ٣٤٧) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ؛ الزرقا ص ٣٤٥ - ٣٤٧ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٤ -
٨٦ ، درر الحكام ٦٨/١ .

الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (م/٧٥)

التوضيح :

المراد بالبرهان : الأدلة القضائية التي تسمى : البينات ، أي أن ما ثبت لدى القاضي في مجلس القضاء بالبيئة من الحوادث الشرعية يعتبر أمراً واقعاً كأنه محسوس شاهد بالعيان ، فيقضي به اعتماداً على هذا الثبوت ، وإن كان هناك احتمال خلافه بسبب من الأسباب ، ككون الشهود كذبة متسترين بالصلاح ، أو نحو ذلك من الاحتمالات ؛ لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في حيز الموهومات بالنسبة للبيئة الظاهرة ، ومن القواعد الفقهية أنه «لا عبرة للتوهم» (م/٧٤) وإن مهمة القضاء البناء على ما يظهر ويثبت ، وليس القاضي مكلفاً باكتناه الحقائق من الواقع فإن هذا ليس في طاقته .

وقد قال رسول الله ﷺ : «إنكم لتختصمون إليّ ، وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر ، فأقضى له على نحو ما أسمع . . .» رواه البخاري ومسلم ومالك عن أم سلمة رضي الله عنها^(١) .

فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما ثبت بالبيئة المزكاة لا تسوغ مخالفته ، لأن البيئة كاسمها مبيّنة .

(١) هذا الحديث سبق بيانه صفحة ٥١٤ القاعدة ٩٦ .

ويفترق ما ثبت بالبينة عما ثبت بالحس والمشاهدة في شيء واحد ، وهو أن ما كان قائماً مشاهداً لا تسمع دعوى ما يخالفه ، ولا تقام البينة عليه ، ولا على الإقرار ، كما إذا ادعى على آخر أنه قتل مورثه ، وهو حي ، أو أنه قطع يده ، وهي قائمة ، بخلاف ما كان أمراً منقضياً وثبت بالبينة ، فإنه تسمع دعوى ما يخالفه ، كما إذا ادعى عليه ديناً ، فأثبتته بالبينة ، فادعى عليه المدعى عليه أنه أقر بأن لا شيء عليه ، تسمع .

التطبيقات :

- ١ - ثبت بالبينة إقرار المدعى عليه بالمدعى مثلاً ، يحكم عليه بمنزلة ما إذا أقر بالحضرة والمشاهدة (الزرقا : ص ٣٦٧) .
- ٢ - إذا ثبت الدين المدعى ، أو البيع ، أو الكفالة ، أو الغصب ، أو الملك مثلاً ، بالبينة ، فإنه يحكم به بمنزلة ما إذا شوهده بالحس (الزرقا : ص ٣٦٧) .

المستثنى :

لو أنكر المدعى عليه المال ، وحلف بالطلاق على ذلك ، فأقام المدعي شاهدين شهدا بإقراضه له ، لم يحنث ، لأنه بالشهادة على الإقراض لم يتحقق قيام الدين حين الحلف (الزرقا : ص ٣٦٧)^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٦٧ - ٣٦٨ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٧ ، درر الحكام ٧٤ / ١ .

البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة (م/٧٨)

التوضيح :

إن البينة حجة متعدية أي تتجاوزة إلى غير من قامت عليه ، وملزمة له ، لأن الثابت بالبينة والبرهان يعتبر كالأقوال المحسوس ، فإنه يعتبر ثابتاً ، ويحتج به على غير المقضي عليه أيضاً ^(١) .

وإن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر لا تتجاوزة إلى غيره ، لأن كونه حجة يبنى على زعمه ، وزعمه ليس بحجة على غيره ، ولأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه ، فله أن يلزم نفسه بما شاء ، وليس له سلطة على إلزام غيره ، وأيضاً يحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث ^(٢) .

والبينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي ، والإقرار أقوى من البينة لعدم التهمة فيه غالباً ، ولأن الإقرار يعتمد الأهلية بالبلوغ والعقل فقط ، ولا يعتمد الولاية على غير المقر ، بخلاف الشهادة فإنها حجة متعدية ، ولذا كانت تعتمد الولاية ، فلا تقبل شهادة من لا ولاية له أصلاً ،

(١) البينة : هي الشهادة التي تظهر الشيء الثابت في نفس الأمر ، والموجود قبل الشهادة في المشهود به ، وعرفتها المادة ١٦٧٦ من المجلة بأنها الحجة القوية (درر الحكام ٧٧/١) .

(٢) عرفت المادة ١٥٧٢ من المجلة الإقرار بأنه : إخبار الشخص عن حق عليه لآخر (درر الحكام ٧٧/١) .

كالصغير ، أو لا ولاية له على المشهود كغير المسلم إذا كان المشهود عليه مسلماً ، وشهادة الفاسق والعبد ، والمرأة أحياناً ، ويقبل إقرارهم مطلقاً ، فحيث كانت البينة متعددة وتعتمد الولاية تكون حجة على من قامت بمواجهته وعلى غيره ، ويشترط لها حضور الخصم واتصال القضاء بها .

التطبيقات :

١ - إذا ثبت الدين على التركة بالبينة يثبت في حق جميع الورثة ، سواء كان الثبوت بمواجهة الوصي ، أو بمواجهة أحد الورثة (الزرقا : ص ٣٩٦) .

٢ - إذا ثبت الاستحقاق بالبينة فإنه يثبت في حق ذي اليد ، وفي حق من تلقي ذو اليد الملك منه ، فلا تسمع دعوى بائعه الملك على المستحق (إلا دعوى التنازع ، أو دعوى تلقي الملك منه مباشرة أو بالواسطة) لأنه صار مقضياً عليه ، لكنه بشرط أن يكون المستحق عليه قد ادعى حين الخصومة قبل الحكم بالاستحقاق الملك بالتلقي منه (الزرقا : ص ٣٩٦) .

٣ - يصح الإقرار بلا وجود منازع ولا مواجهة خصم (الزرقا : ص ٣٩٥) .

٤ - يقتصر إقرار الوارث بدين على التركة على نفسه فقط (الزرقا : ص ٣٩٥) .

٥ - يقتصر إقرار المستحق عليه بالعين المستحقة على نفسه ، فينفذ إقرار الوارث على نفسه بقدر حصته ، ولا يرجع المستحق عليه على بائعه بالثمن ، وتسمع دعوى بائعه بالملك المطلق على المستحق (الزرقا : ص ٣٩٥) .

٦ - يبطل إقرار الوصي والمتولي على التركة والوقف (الزرقا : ص٣٩٥) .

٧ - لو أقر سعيد مثلاً أن لخالده ألفاً في ذمته ثبت ، ولزم الألف ، ولو قال : لخالده ألف أيضاً في ذمة عمرو لا يلزم شيء في ذمة عمرو لخالده ؛ لأن الإقرار لا يتعدى المقر (الدعاس : ص٨٨) .

٨ - إذا ادعى غريم ديناً على التركة بحضور أحد الورثة فإن أقر الوارث بدين المورث يؤاخذ بإقراره ، ولكن يكون إقراره مقصوراً على نفسه ، فيأخذ المقر له من حصته فقط ، ولا يأخذ من بقية الورثة ، لأن إقرار رفيقهم لا يسرى عليهم (الدعاس : ص٨٨) .

٩ - لو أقر بدين مشترك عليه ، وعلى غيره ، فإن إقراره هذا ينفذ على نفسه فيؤاخذ به في ماله ، ولا يسري على رفيقه ، ما لم يصدقه (الدعاس : ص٨٨) .

١٠ - لو اشترى جارية فولدت عنده ، لا منه ، فاستحقها رجل بيّنة ، ففضى القاضي بالأم ، يتبعها ابنها ، وإن إقر بها المشتري له ، لا يتبعها ولدها ، لأن الإقرار حجة قاصرة (الدعاس : ص٨٨) .

المستثنى :

خرج عن هذه القاعدة مسائل يتعدى فيها الإقرار على غير المقر ، وهي :

١ - لو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا ببيع العين المأجورة ، فإن الإجارة تفسخ ، ويباع المأجور لوفاء الدين (الزرقا : ص٣٩٦) .

٢ - لو كان شيء في يد رجل ، فادعاه اثنان بالشراء منه ، كل على حدة ، أو ادعى كل منهما أنه رهنه منه وسلمه إياه ، أو ادعى أحدهما الشراء والآخر الرهن ، أو ادعى أحدهما الإجارة والآخر الشراء ، أو أحدهما الصدقة مع القبض والآخر الشراء ، أو ادعى كل منهما الإجارة ، ولا بينة في جميع ذلك ، فأقر ذو اليد لأحدهما ، يمنع الآخر بمجرد إقراره للأول ، ولا يستحلف له (الزرقا : ص٣٩٦) .

٣ - لو أقر الأب على ابنته البكر البالغة بقبضه مهرها من زوجها ، فإنه حجة عليها ، وتبرأ به ذمة الزوج ، وهذا مبني على أن للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة ، وأن من ملك حق القبض ملك الإقرار به (الزرقا : ص٣٩٧) .

٤ - لو أقر اثنان من الورثة بولد للمتوفى ، فإنه يثبت نسبه في حق غيرهم من الورثة ، وفي حق الناس كافة ، ولا يحتاج في ذلك للفظ الشهادة ، ولا إلى مجلس القضاء على الأصح (الزرقا : ص٣٩٧) .

٥ - لو ادعى عينا على آخر ، وأراد تحليفه ، فأقر به لابنه الصغير تندفع عنه اليمين ، لأنه بعد أن أقر به لابنه الصغير لا يصح إقراره به لغيره ، فلا يفيد تحليفه ، لأن التحليف رجاء النكول ، وهو كالإقرار (الزرقا : ص٣٩٧) .

فقد تعدى الإقرار في هذه الصورة ، لكن المفتى به قول محمد من أنه لو أراد تحليف الأب ليأخذ القيمة منه لو نكل ، فإنه يحلف ،

ولو أراد تحليفه ليأخذ العين لا يحلف ، وعليه فيحمل الكلام السابق على ما إذا طلب تحليفه ليأخذ العين لو نكل (الزرقا : ص ٣٩٧) .

٦ - وكيل البيع لو أقر بقبض موكله الثمن يبرأ المشتري ، كما لو أقر بقبض نفسه ، وعلى قياس هذه المسألة ينبغي أن يصح إقراره بقبض الطالب الدائن في مسألة الوكيل بقبض الدين ، ويمكن الفرق بينهما بأن وكيل البيع أصيل في قبض الثمن وتعود الحقوق إليه ، فله أن يوكل غيره بقبض ثمنه ، فأقر بما له تسليط فصح ، بخلاف وكيل القبض إذ ليس له التوكيل فكان مقراً بما ليس له تسليطه فلغا ، فكل منهما جنس لا تشابه بينهما فيما يظهر حتى يصح تخريج أحدهما على الآخر وقياسه عليه .

ولكن يقيد الحكم بأن يكون الموكل سلم المبيع إلى وكيل البيع ، وللموكل أن يحلف الوكيل على ما زعم من أنه ، أي الموكل ، قبض الثمن من المشتري ، فإن حلف برئ هو أيضاً ، وإن نكل ضمن الثمن للموكل (الزرقا : ص ٣٩٨ - ٣٩٩) .

٧ - لو أنفق أجنبي على بعض الورثة ، فقال : أنفقت بأمر الوصي ، وأقر به الوصي ، ولا يعلم ذلك إلا بقول الوصي بعد ما أنفق ، يقبل قول الوصي ، لو كان المنفق عليه صغيراً ، فقد تعدى إقرار الوصي على الصغير (الزرقا : ص ٣٩٩ - ٤٠٠) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٩٥ - ٤٠٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٧ - ٨٨ ، درر الحكام ٧٧/١ ، وانظر : وسائل الإثبات ٢٥٥/١ وما بعدها .

**البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين
لإبقاء الأصل (م/٧٧)**

التوضيح :

الأصل براءة ذمة المدعى عليه ، فإذا أنكر فهو مستمسك بالحالة الأصلية ، فيجب قبول قوله إلى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارئ ، ولكن لاحتمال كذبه في الإنكار يوثق قوله باليمين إذا طلب المدعي تحليفه عند عجزه عن الإثبات .

وهذا مبدأ عام : إن من كان القول له فهو خاضع لليمين إلا في مستثنيات محدودة ، لأن اليمين شرعت لإبقاء الأصل على ما كان عليه من عَدَمٍ إن كان الأصل عدم المتنازع فيه ، كالصفات العارضة ، أو وجودٍ إن كان الأصل وجود المتنازع فيه ، كالصفات الأصلية .

فإذا تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل ، وعجز الآخر عن إقامة البينة على ما ادعاه من خلافه يكون القول قول من يتمسك بالأصل مع يمينه .

والبينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر أي خلاف الأصل ، فلا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة .

التطبيقات :

١ - ادعى إضافة الحادث إلى أبعد أوقاته فعليه البينة ؛ لأن ذلك خلاف

الأصل ، فإن الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (الزرقا : ص ٣٩١) .

٢ - ادعى عدم بقاء ما كان ، فعليه البينة ، لأن ذلك خلاف الأصل ، فإن الأصل بقاء ما كان على ما كان (الزرقا : ص ٣٩١) .

٣ - ادعى وجود الصفات العارضة ، فعليه البينة ، لأن ذلك خلاف الأصل ، فإن الأصل عدم وجود الصفات العارضة (الزرقا : ص ٣٩١) .

٤ - ادعى شغل الذمة ، فعليه البينة ، لأن ذلك خلاف الأصل ، فإن الأصل براءة الذمة ، فلا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة (الزرقا : ص ٣٩١) .

٥ - لو كان الأصل في الأشياء الخصوص كالوكالة والعارية ، فادعى العموم ، فإنه لا يحكم فيها بخلاف الأصل إلا بالبينة (الزرقا : ص ٣٩١) .

٦ - لو كان الأصل في العقود العموم كالمضاربة ، والشركة ، فادعى الخصوص ، فإنه لا يحكم فيها بخلاف الأصل إلا بالبينة (الزرقا : ص ٣٩١) .

٧ - تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل ، وعجز الآخر عن إقامة البينة على ما ادعاه من خلافه فيكون القول قول من يتمسك بالأصل مع يمينه (الزرقا : ص ٣٩١) .

المستثنى :

خرج عن هذه القاعدة مسائل ، منها :

١ - لو رجع الواهب في هبته ، وطالب القضاء له باستردادها ، فزعم الموهوب له هلاك الهبة فالقول له في الهلاك بلا يمين (الدعاس : ص ٨٩) .

٢ - لو ادعى المودع ردّ الوديعة أو هلاكها ، فالقوله قوله ، مع أن كلاً من الرد والهلاك عارض ، والأصل عدمه ، وخرجت عن القاعدة ؛ لأن مدعي الهلاك أو الرد إنما هو في الحقيقة منكر لما يدعيه المدعي من الضمان (الزرقا : ص ٣٩٢) .

٣ - لو اختلف في الصحة والمرض ، فالقول قول من يدعي المرض ، والبيئة بينة من يدعي الصحة (م/١٧٦٦) مع أن المرض عارض ، والأصل الصحة ، وخرجت عن القاعدة لأنه إنما هو في الحقيقة منكر موجب عقد المريض (الزرقا : ص ٣٩٢) .

٤ - لو اختلف في العقل والجنون ، فالقول قول من يدعي الجنون ، والبيئة بينة من يدعي العقل (م/١٧٦٧) لأن مدعي الجنون إنما هو في الحقيقة منكر لما يدعيه المدعي من الضمان . (الزرقا : ص ٣٩٢) .

٥ - لو اختلف في القدم والحدوث فالقول قول من يدعي القدم ، والبيئة بينة مدعي الحدوث (م/١٧٦٨) لأن من يدعي القدم إنما هو في الحقيقة منكر حقّ إزالة ما يدعى حدوثه (الزرقا : ص ٣٩٢)(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٩١ - ٣٩٤ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ٨٩ ، درر الحكام ١/٧٦ وانظر : وسائل الإثبات ١/٣٢٤ وما بعدها ، ٣٦٧ وما بعدها .

البينة على المدعي واليمين على من أنكر (م/٧٦)

التوضيح والتطبيقات :

البينة هي ما يبين الحق ويظهره ، وتطلق فقهاً على الشهادة ، ويكلف بها المدعي ، أما اليمين بالله تعالى فتكون من المنكر المدعى عليه .

وهذه القاعدة بنصها لفظ حديث نبويّ شريف ومشهور ، ونصه «لو يُعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن ، وفي رواية الترمذي والبيهقي «ولكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر»^(١) .

والحكمة فيه أن جانب المدعي ضعيف ، لأنه يدعي خلاف الظاهر ، فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بها جانبه الضعيف ، والحجة القوية هي البينة ، وجانب المدعى عليه قوي ، لأن الأصل عدم المدعى به ، فاكتمى منه بالحجة الضعيفة ، وهي اليمين .

وهذا أصل لا يعدل عنه ، حتى لو اُصطلح المتخاصمان على أن

(١) صحيح البخاري (١٦٥٦/٤) صحيح مسلم (٢/١٢) سنن البيهقي (٢٥٢/١٠) التلخيص الحبير (٢٠٨/٤) سنن أبي داود (٢٧٩/٢) جامع الترمذي (٥٧٠/٤) سنن النسائي (٢٠٨/٨) سنن بن ماجه (٧٧٨/٢) .

المدعي لو حلف ، فالمدعى عليه ضامن للمال ، وحلف المدعي لم يضمن خصمه ، وهذا عند الحنفية فقط .

وتحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ لا يعمل به ، لكن لما غلب الفسق في زماننا اختار القضاة استحلاف الشهود لتحصيل غلبة الظن ، فلا ترد اليمين على مدع ، ولا يقضى بشاهد ويمين عند الحنفية ، خلافاً للإمام الشافعي فيهما .

ثم إن التحليف يكون بالله تعالى ، ولكن يحلف النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى ، واليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، والمجوسي بالله الذي خلق النار ، فلا يحلف المسلم بالطلاق ، ولا بالله ما هي زوجته إلا في مسألة واحدة ، وهي : ما إذا ادعت امرأة على رجل نكاحها ، وأنكر ، فإنه يحلف بالله ما هي زوجة له ، وإن كانت زوجة له فهي طالق بائن ، وإنما حلفناه بالطلاق لجواز أن يكون كاذباً في الحلف ، فلو لم يحلف بالطلاق تبقى المرأة معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة ، فلا تتمكن من التزوج بآخر ، لأن جحود النكاح ليس بطلاق^(١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٣٦٩ - ٣٨٩ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٩ ، درر الحكام ٧٤/١ ، وانظر : وسائل الإثبات ١١٥/١ وما بعدها ، ١٣٨ وما بعدها .

لا حجة مع التناقض
لكن لا يختل معه حكم الحاكم (م/٨٠)

الألفاظ الأخرى :

لا حجة مع التناقض ولكن لا يختل معه حكم الحاكم .

التوضيح :

التناقض المقصود في هذه القاعدة هو تناقض الشاهد في شهادته المثبتة للدعوى ، فإذا وقع التناقض في شهادة الشاهد قبل القضاء بها انهدم الاحتجاج بشهادته ، وامتنع القضاء بها ، وأما إذا ظهر التناقض في البينة بعد القضاء بها ، فإن القضاء الواقع لا يبطل ، بل يضمن الشهود للمحكوم عليه ما حكم عليه ، وإنما لا يختل حكم الحاكم لأن القضاء يسان عن الإلغاء .

ويشترط في رجوع الشاهد أن يكون أمام القاضي ، فلو أظهر الرجوع خارج مجلس القضاء فلا عبرة لرجوعه لا قبل الحكم ولا بعده .

فلا حجة مع التناقض أي لا تعتبر الحجة ، ولا يعمل بها مع قيام التناقض فيها ، أو في دعوى المدعي ، ولكن إذا وقع التناقض في الحجة ، أي الشهادة ، بعدما حكم بها القاضي فلا يختل معه حكم الحاكم .

والتناقض إما أن يكون في الدعوى فقط ، أو في الشهادة فقط ، أو بين الدعوى والشهادة .

التطبيقات :

١ - لو شهد شاهدان في دعوى الدين مثلاً أن الدين قرض ، ثم قالوا : إنه ثمن مبيع ، انهدم الاحتجاج بالشهادة ، وامتنع القضاء بها (الدعاس : ص ٩٠) .

٢ - لو رجع الشاهدان عن شهادتهما ، لا تبقى شهادتهما حجة ، لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به أولاً لا ينقض حكم ذلك الحاكم ، وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به ، وكذا لو اعترفوا بما يكذب شهادتهما بعد القضاء (الزرقا : ص ٤٠٥ ، الدعاس : ص ٩٠) .

٣ - لو أقر أحد بأنه استأجر داراً ، ثم ادعى أنها ملكه ، فإن دعواه لا تسمع ، لأن التناقض وقع في الدعوى فترد ابتداء ، ولا تسمع حتى يمكن التوصل لإقامة الحجة عليها ، إلا إذا كان التناقض يمكن رفعه ، مثل إذا دفعه ، كأن قال : كنت مستأجراً ثم اشتريتها تسمع دعواه (م/ ١٦٥٥ ، ١٦٥٧) (الزرقا : ص ٤٠٥) .

٤ - قد يكون التناقض في الشهادة ، بأن رجع الشهود ، لكن يشترط أن يكون رجوعهم في مجلس حاكم ، أي حاكم كان ، فلو رجعوا خارج مجلس الحاكم لا يلتفت إلى رجوعهم مطلقاً ، سواء كان قبل الحكم أو بعده (م/ ١٧٣١) (الزرقا : ص ٤٠٥) .

وأما لو رجعوا في حضوره ، فإن كان قبل الحكم بشهادتهم ترد ، لأنه لا يقضي بكلام متناقض ، ويعزرون ، ولا ضمان عليهم ، لأنهم لم يتلفوا بشهادتهم شيئاً ، وإن كان بعد الحكم بها لا ينقض حكم الحاكم الذي صدر قبل الرجوع ، لأن كلامهم الثاني مثل كلامهم الأول في احتمال الصدق ، فينظر فيما يرجح أحد الكلامين على الآخر ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ، والقضاء يمان عن الإلغاء ما أمكن ، فلا ينقض برجوعهم هذا ، ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم ، لأنهم لما رجعوا بعد القضاء فقد أقرروا على أنفسهم بالإتلاف ، والإتلاف سبب للضمان ، وكونهم متناقضين لا ينافي مؤاخذتهم ، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ، كما لو أنكر الخصم ثم أقر ، فإنه يعمل بإقراره ، لأنه ليس بمتهم فيه .

وكما يضمن الشهود بالرجوع بعد القضاء يضمنون إذا ذكروا في شهادتهم شيئاً لازماً للقضاء ، وقضي بها ، ثم ظهر الأمر بخلافه ، كما لو شهدوا لمن يحجب بغيره من الورثة أنه وارث ، ثم ظهر أنه غير وارث ، وأن الوارث غيره ، فإن الوارث مخير بين تضمين الشهود أو المشهود له ، وكذلك لو شهدوا أن له عليه كذا ، فقضي عليه ، ثم برهن على إبراء الدائن ، فإن المقضي عليه مخير في تضمين الشهود أو المشهود له ، بخلاف ما لو شهدوا بقرض فقط فقضي عليه ، ثم برهن على الإبراء ، فإنه لا سبيل له على الشهود ، وإنما يضمن المشهود له (الزرقا : ص ٤٠٦) .

٥ - لو ادعى على آخر ألفاً ثمن مبيع ، فشهد الشهود بأنه قرض ، أو

ادعى ملك الشيء بالإرث من والده ، فشهدوا أنه ملكه بالإرث من أمه ، أو ادعى بألف قرش ذهباً ، فوافق أحد الشهود وخالف الآخر فشهد أنها ألف فضة ، ونحو ذلك ، فإن البينة في جميع ذلك لا تعتبر (م/ ١٧١١ ، ١٧١٢) للتناقض بين الشهادة ودعوى المدعي (الزرقا : ص ٤٠٦) .

٦ - ادعى على زيد أنه دفع له مالاً ليدفعه إلى غريمه وحلفه ، ثم ادعاه على خالد ، وزعم أن دعواه على زيد كانت ظناً ، لا تقبل ، لأن الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد ، لأن الدافع هو المدعي ، فكيف يشتبه عليه فعل نفسه؟ (م/ ١٦٥١) وهكذا كل ما كان فعل نفسه فإنه لا يعفى ، لأنه ليس مما يشتبه (الزرقا : ص ٤٠٨) .

٧ - لو ادعى أن فلاناً غصب منه الشيء الفلاني ، واستهلكه ، وعجز عن إثباته ، ثم ادعى على آخر أنه غصبه منه ، فالظاهر أن دعواه الثانية لا تسمع ، لأنه وإن كان فعل غيره لكنه غير مستقل ، إذ إنه يدعي أنه غصبه منه ، وأزال يده عنه فهو غير مجهول لديه ، فلا يعفى (الزرقا : ص ٤٠٨) .

المستثنى :

١ - لو استأجر داراً ، ثم بعد الاستئجار علم أنها متقلة إليه بالإرث ، وادعى بذلك ، فإن دعواه تسمع ، لأن هذا التناقض من محلات الخفاء (م/ ١٦٥٥) (الزرقا : ص ٤٠٨) .

٢ - لو غاب له ثوب في المقصورة ، فادعاه على أحد تلاميذ القصار ،

ثم ادعاه على آخر ، تسمع ولا تناقض بينهما ، لأن الحال متى كان يشتهه يعفى ، وكذا كل ما كان من فعل غيره مستقلا عنه ، فهو من محلات الخفاء ، لأنه مما يشتهه (الزرقا : ص ٤٠٨) .

٣ - لو اختلعت من زوجها على بدل دفعته له ، ثم ادعت أنه كان طلقها قبل الخلع ثلاثاً مثلاً ، فبرهنت على ذلك ، تقبل بيبتها ، وتسترد البدل ، وهذا بخلاف ما لو ادعى نكاحها ، فأنكرت ، فصالحها على بدل على أن تقر بالنكاح ، ثم وجد بينة على النكاح الأول المدعى ، لا يرجع بالبدل ، لأنه كزيادة في المهر (الزرقا : ص ٤٠٨ - ٤٠٩) .

٤ - لو ادعى عيناً في يد آخر أنها ملكه ، فأجاب المدعى عليه بقوله : إن العين كانت ملك فلان ، وأني اشتريتها منه ، وأقام المدعي البينة على دعواه وحكم له بالعين ، رجع المدعى عليه على بائعه بالثمن ، لأن التناقض الذي وقع بين إقراره بكون العين للبائع ، وبين رجوعه بالثمن بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب الحاكم له في إقراره (م/ ١٦٥٤) فالمتناقض إذا صار مكذبا شرعاً بتكذيب الحاكم له يرتفع تناقضه (الزرقا : ص ٤٠٩) .

ولكن هذا مقيد بما إذا كان المتناقض يجري في رجوعه عن تناقضه على ما قامت عليه البينة كالمثال المذكور ، أما إذا كان يريد أن يجري على خلاف ما قامت عليه البينة ، فإنه لا يسمع منه ذلك ، ولا تقبل ، ويرد للمتناقض حسب القاعدة .

فلو ادعى على آخر ديناً ، فأنكر المدعى عليه بقوله : ما كان لك

علي شيء قط ولا أعرفك ، فبرهن المدعي على الدين ، فبرهن المدعى عليه على الإيفاء ، أو على الإبراء ، لا تقبل ، لأن البينة قامت على قيام الدين ، وبدعواه الإيفاء يردُّ ما قامت عليه البينة فلا يقبل .

وكذلك لو ادعى على آخر عيناً بالشرء منه ، فأنكر البيع ، فبرهن عليه المشتري ، ثم وجد بالمبيع عيباً ، فأراد رده عليه بالعيب ، فبرهن البائع أنه برئ إليه من كل عيب لا تقبل بينته ، مع أنه صار مكذبا بالقضاء عليه ، وذلك لأن البينة قامت على بيع مطلق موجب لتسليم المبيع سليماً ، وبدعواه البراءة من العيوب يردُّ ما قامت عليه البينة ، فلا تقبل ، وإنه صار مكذباً بحكم الحاكم ، لأنه والحالة هذه لا يجري على موجب حكم الحاكم .

بخلاف ما سبق في فرع (المادة ١٦٥٤) فإن المدعى عليه بعد تكذيب الحاكم له جار على موجب حكم الحاكم (الزرقا : ص ٤٠٩ - ٤١٠) (١) .

(١) شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ص ٤٠٥ - ٤١٠ ، القواعد الفقهية ، الدعاس ص ٨٩ - ٩٠ ، درر الحكام ٧٩/١ .

الباب الرابع

القواعد الكلية

في

المذهب الشافعي

هذه بعض القواعد الكلية في المذهب الشافعي مع بعض فروعها وتطبيقاتها ، وإن كثيراً منها يتفق مع القواعد الكلية في المذهب الحنفي مما نص عليه ابن نجيم في كتابه «الأشباه والنظائر» وأفردناها لبيان الطابع الخاص لها في المذهب الشافعي ، وكثير منها في العبادات ، وبعضها في سائر أبواب الفقه ، واعتبارها من المذهب الشافعي لأن علماء الشافعية نصوا عليها ، وصرحوا بها .

ما حرم استعماله حرم اتخاذه

التوضيح :

كل ما حرمه الشرع في الاستعمال ، يحرم اقتناؤه واتخاذه قنية في البيت ، والملك ، لأنه قد يكون مدعاة لاستعماله المحرم ، أو يعتبر تعطيلًا للمال مع عدم استعماله .

التطبيقات :

- ١ - يحرم اتخاذ آلات الملاهي ، لأنه يحرم استعمالها فيحرم اتخاذها (اللحجي : ص ٨١) .
- ٢ - يحرم اتخاذ أواني النقدين من الذهب والفضة ، لأنه يحرم استعمالها كما ثبت في الحديث (اللحجي : ص ٨١) .
- ٣ - يحرم اتخاذ الكلب لمن لا يصيد ، ولغير الحراسة ، لأنه نجس ويحرم استعماله إلا في الصيد والحراسة للضرورة (اللحجي : ص ٨١) .
- ٤ - يحرم اتخاذ الخنزير والفواسق ، لأنه يحرم استعمالها وأكلها والانتفاع بها ، فيحرم اتخاذها (اللحجي : ص ٨١) .
- ٥ - يحرم اتخاذ الخمر واقتناؤه ، لأنه يحرم شربه واستعماله ، فيحرم اتخاذه (اللحجي : ص ٨١) .

٦ - يحرم اتخاذ واقتناء الحرير والحلي للرجال ، لأنه يحرم استعماله كما ثبت في الحديث الصحيح (اللعجي : ص ٨١) .

المستثنى :

١ - مسألة الباب (في الجدار) ممن لا يمر له من أصحاب الدور ، فإنه يحرم استعماله ، ومع ذلك فإن الأصح أن له فتح الباب إذا سمره .
وعلة الاستثناء بأن أهل الدرب يمنعون من الاستعمال ، فإن ماتوا فورثتهم ، أما متخذ الإناء ونحوه فليس عنده من يمنعه ، فربما جرّه اتخاذه إلى استعماله .

قال الشارح : وفي هذا الفرق توقف ، والأحسن الفرق بأن هذا ليس ممنوعاً من الفتح ابتداء لأن له نقض الجدار كله ، فأولى بعضه فهو متصرف في ملكه ، فإبقاؤه على هذه الصورة استصحاب لمباح بخلاف الأواني ، لأن صورتها محرمة لذاتها ، فلا أصل فيها يستصحب أ . هـ (اللعجي : ص ٨١) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي ص ٨١ - ٨٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٧ ، المنشور للزركشي ١٣٩/٣ .

يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد

التوضيح :

الأحكام الشرعية بعضها مقاصد ، أي مقصودة لذاتها ، وبعضها وسائل لغيرها ، ولذلك يتم التساهل في الوسائل أكثر من التساهل في المقاصد .

التطبيقات :

١ - جزم العلماء بمنع توقيت الضمان ، وجرى في الكفالة خلاف ، وإن كان الأصح منع توقيتها ، لأن الضمان التزام للمقصود وهو المال ، والكفالة التزام للوسيلة ، وهي : إحضار المكفول الذي هو وسيلة لأداء الحق ، ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد (اللحجي : ص ٩٠) .

٢ - لم تختلف الأمة في إيجاب النية في الصلاة ، واختلفوا في الوضوء (اللحجي : ص ٩١) .

٣ - عدم حرمة السفر ليلة الجمعة ، لأن السفر ليلة الجمعة وسيلة لترك الجمعة ، ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد (اللحجي : ص ٩١) .

٤ - عدم حرمة بيع مال الزكاة قبل الحول ، لأن البيع وسيلة لترك الزكاة فاعتفر فيه (اللحجي : ص ٩١) .

٥ - عدم حرمة حيلة بطلان الشفعة ، لأنها وسيلة ، فاعتفر فيها (اللحجي : ص ٩١) .

٦ - عدم حرمة الحيلة المخلصة من الربا ، إلا أنها مكروهة في سائر أنواع الربا ، كما قاله ابن حجر (اللحجي : ص ٩١) .

٧ - عدم وجوب ثمن الماء في الطهارة ، ولو من أصله وفرعه ، لأن الثمن وسيلة ، والمقصود هو الماء ، فإذا وهب له وجب قبوله ، لا قبول ثمنه (اللحجي : ص ٩١) .

المستثنى :

١ - تحريم التثليث في الوضوء عند ضيق الوقت مع جواز الاشتغال بالسنة في الصلاة إذا شرع فيها ، وقد بقي من الوقت ما يسعها فقط (اللحجي : ص ٩١) .

٢ - وجوب استعارة الدلو والرشا للماء ، ووجوب فعل النزع للماء ، أي استقاؤه من البئر ، وكلها وسائل ، ولا يغتفر تركها إذا ضاق الوقت عن طلب الماء ، لأنه حينئذ يعد واجداً للماء (اللحجي : ص ٩١) .

٣ - تحريم أكل نحو ثوم بقصد إسقاط الجمعة (اللحجي : ص ٩١) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٩١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٥ ، المنشور للزركشي ٣/ ٣٧٦ .

يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً

الألفاظ الأخرى :

يغتفر في العقود الضمنية ، ما لا يغتفر في الاستقلال .

التوضيح :

يغتفر ويتسامح ويتساهل في الأمور الثابتة ضمناً وداخلاً لشيء آخر ما لا يتسامح في الأمر المقصود أصلاً ، لأنه يشترط توافر جميع الشروط الشرعية فيما قصده العاقد أو الشرع أصلاً ، أما الأمور الضمنية فلا مانع من التساهل فيها ، لأنها ليست مقصوداً شرعاً ، أو عقداً ، أو تصرفاً .
وهذه القاعدة قريبة من قاعدة «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في المتبوع» (م/ ٥٤) ، وكلتا القاعدتين يدخلان في قاعدة «التابع تابع» (م/ ٤٧) .

التطبيقات :

- ١ - إن نضح المسجد بالماء المستعمل حرام ، وفي الوضوء يجوز (اللحجي : ص ٦١) .
- ٢ - يثبت رمضان بعدل ، ويتبعه شوال من حيث الفطر ، فيثبت بعدل ، لأن الفطر ضمناً لثبوت شوال وهو المراد قصداً ، ولا بد فيه من عدلين (اللحجي : ص ٦١) .

- ٣ - البيع الضمني يغتفر فيه ترك الإيجاب والقبول ، ولا يغتفر ذلك في البيع المستقل (الللحجي : ص ٦١) .
- ٤ - الوقف على نفسه لا يصح ، ولو وقف على الفقراء ، ثم صار منهم استحق في الأصح تبعاً (الللحجي : ص ٦٢) .
- ٥ - لا يثبت النسب بشهادة النساء ، فلو شهدن بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعاً (السيوطي : ص ١٣٤)(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للبحر المحرر ، ص ٦١ - ٦٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٣ ، المنشور للزركشي ٣/ ٣٧٨ .

يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل

الألفاظ الأخرى : يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء .

التوضيح :

يغتفر ويتسامح ويتساهل فيما يأتي ثانياً أكثر مما يأتي أولاً ، فلا يغتفر في الأوائل لأنها مقصودة أصلاً ، أما الثواني فمقصودة تبعاً .
وقد يعبر عن هذه القاعدة بقولهم : «أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها» قال السيوطي : «والعبارة الأولى أحسن وأعم» ويقصد «يغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره» .
وهذه القاعدة تدخل في قاعدة «يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع» (م/ ٥٤) ، وكلتاها تدخلان في قاعدة «التابع تابع» (م/ ٤٧) .

التطبيقات :

- ١ - لو حضر القتال أعمى لم يُسَهم له بسهم في الغنيمة ، فإن عمي في أثنائه أسَهم له (اللحجي : ص ٦٢) .
- ٢ - إن نكاح المحرم لا يصح ، وتصح رجعته (اللحجي : ص ٦٢) .
- ٣ - من تزوج أمة بشرطه فيجب توافر الشروط فيه ، وإن فُقد شرط بعد ذلك فلا يضر (اللحجي : ص ٦٢) ^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٦٢ ، المنشور للزركشي ٣/ ٣٧٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٣ .

يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام

الألفاظ الأخرى :

يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء .

التوضيح :

قد يتسامح ويتساهل في ابتداء الأمر وعند إنشائه ، ما لا يتسامح في بقاءه ودوامه وخلالله .

وهذه القاعدة عكس قاعدة «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء» (م/ ٥٥) .

التطبيقات :

١ - الجنون لا يمنع ابتداء الأجل ، فيجوز لوليه أن يشتري له شيئاً بثمن مؤجل ، ويمنع الجنون دوامه على قول صححه في «الروضة» فيحل عليه الدين المؤجل إذا جُن ، ولكن المعتمد خلافه (اللحجي : ص ١١٦) .

٢ - إذا طلع الفجر ، وهو مجامع ، فترع في الحال صح صومه ، ولو وقع مثل ذلك في أثناء الصوم أبطله (اللحجي : ص ١١٦) .

٣ - الفطرة لا يباع فيها المسكن والخادم ، قال الأصحاب : هذا في الابتداء ، فلو ثبتت الفطرة في ذمة إنسان بعنا خادمه ومسكنه فيها ، لأنها بعد الثبوت التحقت بالديون (اللعجي : ص١١٦) .

٤ - إذا مات للمحرم قريب ، وفي ملكه صيد ، ورثه على الأصح ، ثم يزول ملكه عنه على الفور (اللعجي : ص١١٦) .

٥ - الوصية بملك الغير ، الراجع صحتها ، حتى إذا ملكه بعد ذلك أخذه الموصى له ، ولو أوصى بما يملكه ، ثم أزال الملك فيه بطلت الوصية ، كذا جزموا به ، قال الأسنوي : «وكان القياس أن تبقى الوصية بحالها ، فإن عاد إلى ملكه أعطياه الموصى له ، كما لو لم يكن في ملكه حال الوصية ، بل الصحة هنا أولى» وعلى ما جزموا به قد اغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام (اللعجي : ص١١٦) .

٦ - إذا حلف بالطلاق : لا يجامع زوجته ، لم يمنع من إيلاج الحشفة على الصحيح ، ويمنع من الاستمرار لأنها صارت أجنبية (اللعجي : ص١١٦)^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، لللعجي ص١١٦ ، المشور للزركشي ٣/٣٧٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣ ، ١٣٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢ .

إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام

الألفاظ الأخرى :

إذا اجتمع حظر وإباحة غلب جانب الحظر .
إذا اجتمع جانب الحلال والحرام ، أو المبيح والمحرّم غلب جانب الحرام .

التوضيح :

الحلال ما أحله الله تعالى ، والحرام ما حرّمه الله تعالى ، فإذا اجتمع الحلال والحرام في شيء واحد يرجح جانب التحريم ، لأنه محظور ، ولأن الحرام ممنوع في جميع حالاته ، ويمكن تحصيل الحلال من مصدر آخر .

والأصل في هذه القاعدة حديث شريف ، ولفظه «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال»^(١) قال الحافظ العراقي «ولا أصل له» وقال السبكي في «الأشباه والنظائر» نقلاً عن البيهقي : «هو حديث» رواه جابر الجعفي رجل ضعيف عن الشعبي عن ابن مسعود ، وهو منقطع ، قال

(١) كشف الخفا (٢/٢٥٤) ، أسنى المطالب ص ١٨٩ ، تخريج أحاديث مختصر المنهاج ص ٣٠٧ (ضمن العدد الثاني من مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي بمكة المكرمة سنة ١٣٩٩هـ) .

السيوطي : «وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في «مصنفه» وهو موقوف
عن ابن مسعود لا مرفوع» ثم قال السبكي : «غير أن القاعدة في نفسها
صحيحة» قال الجويني في «السلسلة» : «لم يخرج عنها إلا ما ندر»^(١) .

التطبيقات :

- ١ - إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم ، والآخر يقتضي الإباحة ، قدم التحريم في الأصح ، ومن ثم قال عثمان لما سُئل عن الجمع بين الأختين بملك اليمين : «أحَلَّتْهُمَا آيَةٌ ، وحرمتهما آيَةٌ ، والتحريم أحب إلينا» وكذلك حديث «لك من الحائض ما فوق الإزار» وحديث «اصنعوا كل شيء إلا النكاح» فإن الأول يقتضي تحريم ما بين السرة والركبة ، والثاني يقتضي إباحة ما عدا الوطاء ، فيرجح التحريم احتياطاً (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٢ - لو اشتبهت محرم بأجنبيات محصورات لم تحل (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٣ - قاعدة مُدَّ عَجْوَةٌ ودرهم ، وهو أن يبيع مدَّ عَجْوَةٍ ودرهم بدرهم ، أو أن يبيع درهما بمدَّ عَجْوَةٍ ودرهم ، فاجتمع البيع الحلال ، والزيادة كرباً حرام ، فيحرم (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٤ - من أحد أبويها كتابي والآخر مجوسي أو وثني لا يحل نكاحها ولا ذبيحتها تغليلاً لجانب التحريم (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٥ - عدم جواز وطء الجارية المشتركة (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٦ - لو اشتبه لحم مُدَّكَىً بلحم ميتة ، أو لبن بقر بلبن أتان ، أو ماء وبول ، لم يجز تناول شيء منها (اللحجي : ص ٥٤) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧ .

المستثنى :

خرج عن هذه القاعدة فروع منها :

- ١ - الاجتهاد في الأواني والثياب المتنجس بعضها ، فإنه يجوز ، ولا يجب اجتنابها (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٢ - الثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان الحرير أقل وزناً ، وكذا إن استويا في الأصح ، بخلاف ما إذا زاد وزنا (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٣ - لو رمى سهماً إلى طائر ، فجرحه ووقع على الأرض فمات ، فإنه يحل إن لم يصبه شيء عند سقوطه على الأرض ، وإن أمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض ، لأن ذلك لا بد منه فعفي عنه (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٤ - معاملة من أكثر ماله حرام باعتبار عقيدة المعامل ، فإنها لا تحرم على الأصح إذا لم يعرف عين الحرام ، لكن يكره (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٥ - الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام في يده ، قال في «شرح المذهب» : «إنَّ المشهور فيه الكراهة لا التحريم خلافاً للغزالي» (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٦ - لو اعتلفت الشاة مثلاً علفاً حراماً لم يحرم لبنها ولحمها ، ولكن تركه ورع (اللحجي : ص ٥٤) .
- ٧ - أن يكون الحرام مستهلكاً أو قريباً منه ، وتحتة صور :
أ - لو أكل المُحَرَّم شيئاً قد استهلك فيه الطيب ، فلا فدية .

ب - لو مزج لبن امرأة بحيث استهلك فيه ، بأن زالت أوصافه الثلاثة من ريح وطعم ولون لم يُحرّم إن شرب البعض ، لا إن شرب الكل ، وكان يمكن أن يُسقى من اللبن خمس رضعات ، وقد انفصل في خمس مرات فإنه يُحرّم .

ج - لو اختلطت محرمة بعدد غير محصور ، كنسوة قرية كبيرة ، فله النكاح منهن إلى أن يبقى محصور .

د - لو اختلط حمّام مملوك بمباح غير محصور ، جاز الاصطياد ، ولو كان المملوك غير محصور أيضاً في الأصح (اللعجي : ص ٥٥) .

٨ - تفريق الصفقة (المبيع) : وهي بأن يجمع في عقد واحد بين حرام وحلال ، ويجري في أبواب ، وفيها غالباً قولان أو وجهان ، أصحهما : الصحة في الحلال ، والبطلان في الحرام ، واختلف في علته ، والصحيح أنها الجمع بين الحلال والحرام فغلب الحرام في قسمه ، وبقي الحلال صحيحاً .

ومن أمثلة ذلك : أن يبيع خلاً وخمراً ، أو شاة وخنزيراً ، أو عبداً وحرّاً ، أو عبده وعبده غيره ، أو مشتركاً بغير إذن شريكه ، والأظهر الصحة في القدر المملوك بحصته من المسمى باعتبار قيمتها ، وفي النكاح أن يجمع من لا تحل له الأمة بين حرة وأمة في عقد فالأظهر صحة النكاح في الحرة ، وكذا لو جمع في عقد بين مسلمة ووثنية ، أو أجنبية ومحرّم ، أو خلية ومعتدة أو مُزوَّجة (اللعجي : ص ٥٥) (١) .

(١) المنشور للزركشي ١/ ١١٥ ، ٣٣٧ ، قواعد الأحكام للعلز ١/ ٧٢ ، ٨٩/٢ ، المجموع المذهب ٢/ ٦٢٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ١١٧ ، شرح الكوكب المنير ٤/ ٦٨٠ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي ص ٥٣ - ٥٧ ، وانظر هذه القاعدة وتطبيقاتها في (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١) .

فوائد:

الفائدة الأولى: ضبط العدد المحصور:

من المهم ضبط العدد المحصور ، فإنه يتكرر في أبواب الفقه ، وقل من بيّنه ، قال في «زوائد الروضة» : «قال الغزالي : وإنما يضبط بالتقريب ، فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظرين عدّه بمجرد النظر كألف ونحوه ، فهو غير محصور ، وما سهل كالعشرة والعشرين محصور ، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن ، وما وقع فيه الشك استفتي فيه القلب» ، وفي «التحفة» : إن المائة عدد محصور^(١) .

الفائدة الثانية: شروط تفريق الصفقة:

ذكروا لجريان الخلاف في تفريق الصفقة ثمانية شروط :

الأول : أن لا يكون التفريق في العبادات ، فإن كان فيها صح قطعاً ، فلو عجل زكاة عامين ، صح لعام واحد قطعاً ، ولو نوى حجتين ، انعقدت واحدة قطعاً ، ويستثنى من هذا الشرط صور ، منها :

١ - لو نوى في رمضان صوم جميع الشهر ، بطل فيما عدا اليوم الأول ، وفيه وجهان أصحهما : الصحة .

٢ - ادعى على الخارص الغلط بما يبعد ، لم يقبل فيما زاد على القدر المحتمل ، وفي المحتمل وجهان ، أصحهما القبول فيه .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٠ ، إيضاح القواعد ص ٥٥ .

٣ - مسح على الخف ، وهو ضعيف ، ووصل البلل إلى الأسفل القوي ، وقصدهما ، لم يصح في الأعلى ، وفي الأسفل وجهان ، أصحهما : الصحة .

الشرط الثاني : أن لا يكون مبنياً على السراية والتغليب ، فإن كان كالطلاق والعتق بأن طلق زوجته وغيرها ، أوطلقها أربعاً ، أو أعتق عبده وغيره ، نفذ فيما يملكه إجماعاً .

الشرط الثالث : أن يكون الذي يبطل فيه معيناً بالشخص أو الجزئية ، مثال المعين بالشخص : الخمر والخنزير والحر ، ومثال المعين بالجزئية : العبد المشترك إذا بيع بغير إذن الشريك .

وخرج بهذا الشرط ما إذا شرط الخيار أربعة أيام ، فإنه يبطل في الكل ، ولم يقل أحد بأنه يصح في ثلاثة ، وغلط نجم الدين البرلسي في «شرح التنبيه» حيث خرجها على القولين .

وخرج به أيضاً ما إذا عقد على خمس نسوة ، أو أختين معاً ، فإنه يبطل في الجميع ، ولم يقل أحد بالصحة في البعض ، وغلط صاحب «الذخائر» مُجَلَّى بن جُمَيْع بتخريجها ، ولو جمع من تحل له الأمة بين حرة وأمة في عقد فإنه يبطل في الأمة قطعاً ، كما في «التحفة» ويصح في الحرة ، وفرق بأن الحرة أقوى ، بخلاف إحدى الأختين ليس فيهما أقوى .

الشرط الرابع : إمكان التوزيع ، ليخرج ما لو باع أرضاً مع بذر أو زرع لا يفرد بالبيع فإنه يبطل في الجميع على المذهب .

الشرط الخامس : أن لا يخالف الإذن ، ليخرج ما لو استعار شيئاً ليرهنه بعشرة ، فرهنه بأكثر ، فالمذهب البطلان في الحال ، لمخالفة الإذن ، ولو أجر الراهن العين المرهونة مدة تزيد على محل الدين ، بطل الكل على الصحيح .

الشرط السابع : أن يورد على الجملة ، ليخرج ما لو قال : أجرتك كل شهر بدرهم ، فإنه لا يصح في سائر الشهور قطعاً ، ولا في الشهر الأول على الأصح .

الشرط الثامن : أن يكون المضموم إلى الجائز مما يقبل العقد في الجملة ، فلو قال : زوجتك بنتي وابني ، أو بنتي وفرسي ، صح نكاح البنت على المذهب ، لأن المضموم لا يقبل النكاح فلغا^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٢ - ١٢٦ ، إيضاح القواعد ص ٥٥ ، المنشور للزركشي ٣٨٢ / ١ .

إذا اجتمع في العبادة جانب الحضر وجانب السفر غلب جانب الحضر

التوضيح :

تدخل هذه القاعدة في قاعدة «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»، لأنه اجتمع في العبادة المبيح للرخصة والمحرم لها، فغلب المحرم، ويغلب جانب الحضر لأنه الأصل.

التطبيقات :

- ١ - لو مسح حضراً ثم سافر، أو عكس، أتم مسح مقيم (اللحجي : ص ٥٧).
- ٢ - لو أحرم قاصراً، فبلغت سفينته دار إقامته، أتم (اللحجي : ص ٥٧).
- ٣ - لو قضى فائتة سفر في الحضر، أو عكسه، امتنع القصر (اللحجي : ص ٥٧).
- ٤ - لو أصبح صائماً في الإقامة، فسافر في أثناء النهار، أو في السفر فأقام أثناءه، حرم الفطر على الصحيح (اللحجي : ص ٥٧).
- ٥ - لو أقام بين الصلاتين بطل الجمع، أو قبل فراغهما في جمع التأخير، صارت الأولى قضاء (اللحجي : ص ٥٧) (١).

(١) إيضاح القواعد الفقهية، اللحجي ص ٥٧، المنشور للزركشي ١٢٣/١.

وخالف الحنفية في ذلك ، فقال ابن نجيم : «وليس من القاعدة ما
إذا اجتمع في العبادة جانب الحضر وجانب السفر ، فإننا لا نغلب جانب
الحضر»^(١) .

(١) الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ص ١٣٠ .

الحرام لا يُحرّمُ الحلال

التوضيح :

هذه القاعدة عكس قاعدة «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام» ، فإذا اجتمع حرام وحلال ، فالحرام لا يحرم الحلال ، ويبقى حلالاً .

وهذه القاعدة لفظ حديث أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر بن الخطاب مرفوعاً ، ورواه البيهقي عن عائشة رضي الله عنها ^(١) .

التطبيقات :

١ - من اشتبه عليه درهم حلال بدرهم حرام ، حل له الاجتهاد (اللاحجي : ص ٥٨) .

٢ - لو ملك أختين فوطئ واحدة ، حرمت عليه الأخرى ، فلو وطئ الثانية لم تحرم عليه الأولى ، لأن الحرام لا يحرم الحلال ، وفي وجه : إذا أحبل الثانية حلت ، وحرمت الأولى ، قال في «الروضة» : وهو غريب ^(٢) .

(١) سنن ابن ماجه (٦٤٩/١) سنن البيهقي (١٦٩/٧) .

(٢) إيضاح القواعد الفقهية ، لللاحجي ص ٥٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٨ .

الإيثار في القربِ مكروه

التوضيح :

إن اختيار الغير وتقديمه على النفس في الأمور المتقرب بها إلى الله تعالى مكروه ، وقد يستدل لها بقوله ﷺ في الحديث الصحيح : « لا يزال قوم يتأخرون حتى يؤخرهم الله تعالى »^(١) .

أما غير القربِ فالإيثار بها محبوب ، قال الله تعالى : ﴿ وَيُؤْتِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ﴾ الحشر/ ٩ .

قال سلطان العلماء الشيخ عز الدين : « لا إيثار في القربات . . . لأن الفرض بالعبادات التعظيم والإجلال ، فمن أثر به فقد ترك إجلال الله وتعظيمه » .

وقال الخطيب البغدادي في «الجامع» : «والإيثار بالقرب مكروه . . . وقد جزم بذلك النووي في «شرح المذهب» وقال في «شرح مسلم» : «الإيثار بالقرب مكروه أو خلاف الأولى ، وإنما يستحب في حفظ النفس وأمور الدنيا» وقال الزركشي : «وكلام الإمام ووالده أبي محمد

(١) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد (٣/ ١٩ ، ٣٤ ، ٥٤) ومسلم (٣/ ١٥٨) كتاب الصلاة (باب ١٣٠) وأبو داود (١/ ١٧٨) رقم ٦٧٩ طبع الدار المصرية اللبنانية) وابن ماجه (١/ ٩٧٨) .

الجويني رحمهما الله تعالى يقتضي أن الإيثار بالقرب حرام» فحصل ثلاثة أوجه : الكراهة ، وخلاف الأولى ، والحرمة .

وذكر السيوطي تفصيلاً حسناً حاصله «أن الإيثار إن أدى إلى ترك واجب كماء الطهارة وسائر العورة ، ومكان الجماعة ، الذي لا يمكن أن يصلي فيه أكثر من واحد ، ولا تنتهي النوبة لآخرهم إلا بعد خروج الوقت ، وأشبه ذلك ، فهو حرام ، وإن أدى إلى ترك السنة ، أو ارتكاب مكروه ، فهو مكروه ، مثال ترك السنة : الإيثار بسد فرجة في الصف الأول ، ومثله الإيثار بالصف الأول بالقيام منه لغيره ، كذا قالوه ، وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين الأفضل وغيره ، ومثال ارتكاب المكروه : التطهر بالماء المشمس ، ويؤثر غيره بغير المشمس ، وإن أدى إلى ارتكاب خلاف الأولى ، مما ليس فيه نهى مخصوص ، فخلاف الأولى ، قال : وبهذا يرتفع الخلاف»^(١) .

التطبيقات :

١ - لا إيثار بماء الطهارة ، ولا بستر العورة ، ولا بالصف الأول (اللحجي : ص ٥٨) .

٢ - يكره إيثار الطالب غيره بنوبته في القراءة ، لأن قراءة العلم والمسارة إليه قرينة ، والإيثار بالقرب مكروه (اللحجي : ص ٥٨) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٠ ، وانظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٢ ، المنشور للزركشي ٢١٠/١ .

المستثنى :

من جاء ولم يجد في الصف فرجة فإنه يجبر شخصاً بعد الإحرام ،
ويندب للمجرور أن يساعده ، وهذا يفوت على نفسه قربة ، وهي أجر
الصف الأول .

وسبب الاستثناء : أن فضيلة المعاونة على البر جبرت نقص فوات
الصف الأول ، كما أشار إليه ابن حجر في «فتح الجواد» حيث قال :
«يسن للمجرور مساعدته لينال فضيلة المعاونة على البر والتقوى ، وذلك
يعدل فضل ما فاته من الصف الأول» ، وفي «التحفة» : «وليساعده
المجرور ندباً ، لأن فيه إعانة على البر ، مع حصول ثواب صنعه ، لأنه
لم يخرج منه إلا لعذر» (اللحجي : ص ٥٩) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٥٨ - ٥٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٩ ،
وقال ابن نجيم : «لم أرها الآن لأصحابنا رحمهم الله ، وأرجو من كرم الفتاح أن
يفتح بها أو بشيء من مسائلها» وذكر بعض الأمثلة (الأشباه والنظائر ، له ص ١٣٢) .

الحدود تسقط بالشبهات

الألفاظ الأخرى :

الحدود تدرأ بالشبهات .

التوضيح :

الحدود : جمع حد ، وهو عقوبة مقدرة شرعاً حقاً لله تعالى ، ويضاف الحد إلى سببه ، كحد الزنى ، وحد السرقة ، وحد الخمر ، وحد الحرابة ، وحد القذف ، وحد الردة ، وحد البغي .

والشبهات : جمع شبهة ، وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت ، فإذا طرأت شبهة على الحد فإنه يسقط ، ولا يقام ، ويمكن معاقبة الفاعل تعزيراً .

وأصل هذه القاعدة قوله ﷺ : «ادرؤوا الحدود بالشبهات» أي ادفعوا ، أخرجه ابن عدي في جزء له من حديث ابن عباس ، وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة «ادفعوا الحدود ما استطعتم» وأخرج الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم من حديث عائشة «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلو سبيله ، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو ، خير من أن يخطئ في العقوبة»^(١) .

(١) سنن ابن ماجه (٢/ ٨٥٠) جامع الترمذي (٤/ ٦٨٨) المستدرک (٤/ ٣٨٤) سنن البيهقي (٨/ ٢٣٨) نيل الأوطار (٧/ ١١٠) التلخيص الحبير (٤/ ٥٦) .

والشبهة ثلاثة أنواع :

- ١ - شبهة الفاعل : كمن وطئ امرأة ظنها حليلته .
- ٢ - شبهة المحل : بأن يكون للواطئ فيها ملك أو شبهة ، كالأمة المشتركة ، والمكاتبة ، وأمة ولده ، ومملوكته المَحْرَم .
- ٣ - شبهة الطريق : وهي الجهة التي أباح بها مجتهد ، أي أن يكون حلالاً عند قوم حراماً عند آخرين ، كنكاح المتعة ، وكالنكاح بلا ولي ولا شهود ، كما في «الروضة» واعتمده جمع محققون كابن زياد وغيره ، وإن خالفهم الشيخ ابن حجر حيث قال في «التحفة» :
بوجوب الحد في النكاح بلا ولي ولا شهود .

وكذا كل نكاح مختلف فيه ، كالنكاح بلا ولي ، وكالنكاح بلا شهود ، لشبهة خلاف أبي حنيفة في الأولى ، وشبهة خلاف مالك في الثانية .

والشبهة بأنواعها الثلاثة تسقط الحد^(١) ، ونقل ابن نجيم الإجماع على ذلك فقال : «أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحديث المروي في ذلك متفق عليه ، وتلقته الأمة بالقبول»^(٢) .

التطبيقات :

- ١ - يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها ، وأربع أنها عذراء ،

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٦ ، المتشور للزركشي ٢/ ٢٢٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٤٢ ، قواعد الأحكام للعلز ٢/ ١٣٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٤٢ .

لاحتمال صدق بينة الزنى ، واحتمال أنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا ، وسقط عنها الحد لشبهة الشهادة بالبكارة (اللعجي : ص٦٣) .

٢ - لا قطع بسرقة مالٍ أصله وفرعه وسيده ، وأصل سيده وفرعه ، لشبهة استحقاق النفقة (اللعجي : ص٦٣) .

٣ - لا قطع بسرقة ما ظنه ملكه ، أو ملك أبيه ، أو ابنه ، ولو ادعى كون المسروق ملكه سقط القطع ، نص عليه ، للشبهة ، وهو اللص الظريف ، لكن الشبهة لا تسقط التعزير (اللعجي : ص٦٣) .

٤ - تسقط الكفارة لو جامع ناسياً في الصوم ، أو الحج ، فلا كفارة للشبهة (اللعجي : ص٦٤) .

٥ - لو وطئ على ظن أن الشمس غربت ، أو أن الليل باق ، وبان خلافه ، فإنه يفطر ولا كفارة ، قاله القفال (اللعجي : ص٦٤) .

٦ - يسقط الإثم والتحريم إن كانت الشبهة في الفاعل ، دون المحل (اللعجي : ص٦٤) .

المستثنى :

١ - لا تسقط الفدية بالشبهة ، لأنها تضمنت غرامة بخلاف الكفارة ، فإنها تضمنت عقوبة ، فالتحقت في الإسقاط بالحد (اللعجي : ص٦٤) .

٢ - الشبهة تسقط الحد إذا كانت قوية ، وإلا فلا أثر لها ، قال التاج

السبكي : «ونعني بالقوة ما يوجب وقوف الذهن عندها ، وتعلق
ذي الفطنة بسبيلها ، لا انتهاض الحجة ، فإن الحجة لو انتهضت بها
لما كنا مخالفين لها» .

ولهذا يحد بوطء أمة أباحها السيد ، ولا يراعى خلاف عطاء في
إباحة الجواري للوطء ، ومن شرب النبيذ يحد ، ولا يراعى خلاف أبي
حنيفة (اللاحجي : ص ٦٤) (١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٦ ، المنشور ٤٠ / ٢ ، ٢٢٥ ، قواعد الأحكام للعز
١٣٧ / ٢ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللاحجي ص ٦٣ - ٦٤ ، الأشباه والنظائر لابن
نجيم ص ١٤٢ وما بعدها .

الحر لا يدخل تحت اليد

الألفاظ الأخرى :

الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء .

التوضيح :

الحر هو الإنسان غير المملوك ، واليد : قرينة على الملك ، أو السلطة على التصرف ، فالحر لا يدخل في ملك آخر ، ولا يقع تحت سلطته وتصرفه ، بخلاف العبد فيكون تحت اليد والملك .

التطبيقات :

- ١ - لو حبس شخص حراً شهراً فلا يضمن منفعته بالفوات ، بل بالتفويت ، بخلاف العبد ، فإنه تضمن منفعه بفواتها .
- ٢ - لو وطئ حرة بشبهة فأحبلها ، وماتت بالولادة ، لم تجب ديته في الأصح ، ولو كانت أمة وجبت القيمة .
- ٣ - لو نام عبد على بعير ، فقاده آخر وأخرجه عن القافلة قطع ، أو حر فلا في الأصح .
- ٤ - لو وضع صبيّاً حراً في مسبعة فأكله السبع فلا ضمان في الأصح ، بخلاف ما لو كان عبداً .

٥ - لو كانت امرأة تحت رجل ، وادعى آخر أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل ، لأن الحرية لا تدخل تحت اليد ، ولو أقام كل بينة أنها زوجته لم تقدم بينة من هي تحته ، لما ذكرنا^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٨ ، المنشور للزركشي ٤٣/٢ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٦٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٤٦ .

الحريم له حكم ما هو حريم له

التوضيح :

الحريم : هو ما يحيط بالشيء ويتبعه ، ويتوقف انتفاع الشيء به ، ولذلك يأخذ الحريم حكم ما هو حريم وتابع له .

والأصل في ذلك قوله ﷺ : «الحلال بيِّنٌ ، والحرام بيِّنٌ ، وبينهما أمور متشابهات لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام ، كالراعي يرعى حول الحمى ، يُوشك أن يرتع فيه . . . » الحديث ، أخرجه الشيخان البخاري ومسلم عن النعمان بن بشير رضي الله تعالى عنهما^(١) .

قال الزركشي : «الحريم يدخل في الواجب والحرام والمكروه» ، وكل محرم له حريم يحيط به ، والحريم هو المحيط بالحرام ، كالفخذين فإنهما حريم للعورة الكبرى ، وحريم الواجب ما لا يتم الواجب إلا به ، ومن ثمَّ وجب غُسل جزء من الرقبة والرأس ، مع الوجه ليتحقق غسله ، وغسل جزء من العضد مع الذراع ، وجزء من الساق مع الكعب ، وستر جزء من السرة والركبة مع العورة ، وجزء من الوجه مع الرأس للمرأة ، وحرَم الاستمتاع بما بين السرة والركبة في الحيض لحرمة الفرج .

(١) صحيح البخاري (٢٨/١) صحيح مسلم بشرح النووي (٢٧/١١) سنن البيهقي (٣٣٤ ، ٢٦٤/٥) .

التطبيقات :

١ - حريم المعمور فهو مملوك لمالك المعمور في الأصح ، ولا يملك بالإحياء قطعاً (اللعجي : ص ٦٥) .

٢ - حريم المسجد حكمه حكم المسجد ، ولا يجوز الجلوس فيه للبيع ولا للجنب على ما قاله السيوطي ، وقال ابن حجر وغيره : «إن حريم المسجد ، وهو ما يهيأ لإلقاء نحو قمامته ، ليس كالمسجد ، وهو المعتمد ، وأما الرَحْبَة - بفتحين - فالجمهور على عدّها من المسجد ، وهي ما حجر عليه لأجله ، أي تبنى لأجل المسجد ، ويحوط عليها ، وتتصل بالمسجد مع التحويط ، سواء علم وقفيتها مسجداً ، أم جهل أمرها ، عملاً بالظاهر ، وهو التحويط عليها (اللعجي : ص ٦٥) .

المستثنى :

كل محرم فحريمه حرام إلا حريم دبر الزوجة ، وهو ما يكون بين إلتيتها ، فإنه لا يحرم التلذذ به ، كما لا يحرم التلذذ بظاهر الدبر ، وإن حرم الوطء في الدبر ، كما في «التحفة» و«فتح الجواد»^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي ص ٦٤ - ٦٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٩ ، المنشور للزركشي ٤٦/٢ .

إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً.

التوضيح :

إن بعض العبادات المتعددة تكون من جنس واحد، وكذلك بعض الأفعال المتنوعة تكون من جنس واحد، فإذا كانت الأمور المتعددة من جنس واحد، وكان القصد منها واحداً، فيدخل حكم أحدهما في الآخر غالباً.

التطبيقات :

١ - اجتمع حدث وجنابة كفى الغسل على المذهب، كما لو اجتمع جنابة وحيض، فيكتفى بنية الجنابة عن الحيض والجنابة، وعكسه^(١).

٢ - اجتمع غسل الجمعة وعيد، فيكتفى بنية غسل العيد عن نية غسل الجمعة (اللحجي : ص ٦٥).

٣ - لو باشر المُحْرِم فيما دون الفرج لزمته الفدية، فلو جامع بعد ذلك، دخلت في كفارة الجماع على الأصح (اللحجي : ص ٦٥).

٤ - لو اجتمع حدث ونجاسة حكمية كفت لهما غسلة واحدة في الأصح عند النووي (اللحجي : ص ٦٦).

(١) إيضاح القواعد ص ٦٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٤٧.

٥ - لو دخل المسجد وصلى الفرض ، دخلت فيه التحية (الالحجي : ص٦٦ ، ابن نجيم ص١٤٧) .

٦ - لو طاف القادم عن فرض أو نذر ، دخل فيه طواف القدوم ، بخلاف ما لو طاف للإفاضة لا يدخل فيه طواف الوداع ، لأن كلا منهما مقصود في نفسه ، ومقصودهما مختلف ، وبخلاف ما لو دخل المسجد الحرام فوجدهم يصلون جماعة فصلّاها ، فإنه لا يحصل له تحية البيت ، وهو الطواف ، لأنه ليس من جنس الصلاة (الالحجي : ص٦٦) .

٧ - لو تعدد السهو في الصلاة لم يتعدد السجود ، بخلاف جبرانات الإحرام لا تتداخل ، لأن القصد بسجود السهو رغم أنف الشيطان ، وقد حصل بالسجدتين آخر الصلاة ، والمقصود بجبرانات الإحرام : جبر هتك الحرمة ، فلكل هتك جبر ، فاختلف المقصود (الالحجي : ص٦٦) .

٨ - لو زنا بكر مراراً ، أو شرب خمراً مراراً ، أو سرق مراراً ، كفى حد واحد ، ولو زنا وسرق وشرب فلا تداخل لاختلاف الجنس (الالحجي : ص٦٦) .

٩ - لو قذفه مرات كفى حد واحد أيضاً في الأصح (الالحجي : ص٦٦) .

١٠ - لو وطئ في نهار رمضان مرتين لم يلزمه بالثاني كفارة ، لأنه لم يصادف صوماً ، بخلاف ما لو وطئ في الإحرام ثانياً ، فإن عليه بدنة في الوطء الأول ، وفي الثاني شاة ، ولا تدخل في الكفارة ، لمصادفته إحراماً لم يحل منه (الالحجي : ص٦٦) .

١١ - لو لبس المُحَرَّم ثوباً مطيباً ، فرجع الرافعي لزوم فديتين ، وصحح النووي واحدة ، لائتِحاد الفعل ، وتبعية الطيب (اللاحجي : ص٦٦) .

١٢ - لو قتل المُحَرَّم صيداً في الحرم لزمه جزاء واحد ، وتداخلت الحرمتان في حقه ، لأنهما من جنس واحد ، كالفارن إذا قتل صيداً لزمه جزاء واحد ، وإن كان قد هتك حرمة الحج والعمرة (اللاحجي : ص٦٦) .

١٣ - لو تكرر الوطء بشبهة واحدة تداخل المهر ، بخلاف ما إذا تعدد جنس الشبهة ، ولو وطئ بشبهة بكرةً وجب أرش البكارة مع المهر ، ولا تداخل ، لاختلاف الجنس والمقصود ، فإن أرش البكارة يجب إبلاً ، والمهر نقداً ، والأرش للجناية ، والمهر للاستمتاع (اللاحجي : ص٦٦) .

ويظهر من الفروع الاحتراز بالقاعدة «من جنس واحد» و«ولم يختلف مقصودهما» وبكلمة «غالباً»^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٤٠ ، إيضاح القواعد الفقهية ، اللاحجي ص٦٥ - ٦٦ ، الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ص١٤٧ .

الدفع أقوى من الرفع

الألفاظ الأخرى :

الدفع أقوى من الرفع غالباً

التوضيح :

دفع الشيء : منع التأثير بما يصلح له لولا ذلك الدافع ، والرفع إزالة موجود لمانع ، فالموجود يكون أقل تأثيراً وأسهل إلغاء من التأثير الأولي للشيء ، وقال الشيخ ابن حجر في «تحفته» : «الدفع أقوى من الرفع غالباً» وخرج «بغالباً» ما يرد في الاستثناء .

التطبيقات :

١ - الماء المستعمل إذا بلغ قلتين في عوده طهوراً وجهان ، وإن كان الأصح أنه طهور ، ولو استعمل الشخص القلتين ابتداء لم يصير مستعملاً بلا خوف .

والفرق أن الكثرة في الابتداء دافعة ، وفي الأثناء رافعة ، والدفع أقوى من الرفع (اللحجي : ص ٧٠) .

٢ - وجود الماء قبل الصلاة للمتيم يمنع الدخول فيها ، وفي أثنائها لا يبطلها حيث تسقط به (اللحجي : ص ٧٠) .

- ٣ - اختلاف الدين المانع من النكاح يدفعه ابتداء ولا يرفعه في الأثناء فوراً ، بل يوقف إلى انقضاء العدة (الللحجي : ص ٧٠) .
- ٤ - الفسق يمنع الإمامة ابتداء ، ولو عرض في الأثناء لم ينعزل (الللحجي : ص ٧٠) .

المستثنى :

- ١ - الطلاق يرفع النكاح ولا يدفعه لحل الرجعة ، وعكسه : الإحرام ، وعدة الشبهة ، فالطلاق أقوى تأثيراً منهما ، يعني أن الإحرام وعدة الشبهة لا يرفعان النكاح ، وإنما يرفعان حل الاستمتاع (الللحجي : ص ٧٠) .
- ٢ - وهناك قسم ثالث يقال له فاعل الأمرين ، بمعنى أنه يدفع ويرفع ، وذلك كالرضاع ، فإنه يدفع حل النكاح ، ويرفعه إذا طراً عليه ، كما إذا تزوج برضيعة فأرضعتها زوجته الكبيرة فإنه يفسخ النكاح (الللحجي : ص ٧٠)^(١)

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للبحراني ص ٧٠ . الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٣ ، المنشور للزركشي ١٥٥/٢ .

الخروج من الخلاف مستحب

التوضيح :

المقصود من الخلاف هو الاختلاف الواقع بين المذاهب الفقهية ، ومراعاته بترك قول المذهب ، والأخذ بالمذهب الآخر ، فإنه مستحب ويندب لأن فيه عوناً على الجماعة وعدم التفرق .

ولمراعاة الخلاف شروط ، فإن لم تتوفر فلا يراعى الخلاف ، وهذه الشروط هي :

أحدها : أن لا يوقع مراعاته في خلاف آخر .

الثاني : أن لا يخالف سنة ثابتة صحيحة أو حسنة .

الثالث : أن يقوى مدركه أي دليله الذي استند إليه المجتهد ، قال التاج السبكي : «فإن ضعف ونأى عن مأخذ الشرع كان معدوداً من الهفوات والسقطات ، لا من الخلافات ، ونعني بالقوة : وقوف الذهن عندها ، وتعلق ذي الفطنة بسبيلها ، لا انتهاض الحجة بها ، فإن الحجة لو انتهضت لما كنا مخالفين لها» ، وقد قال إمام الحرمين في هذه المسألة : «إن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل الظاهر وزناً» قاله السيوطي تبعاً للنووي التابع لإمام

الحرمين ، واعتمده ابن حجر الهيتمي رحمهم الله تعالى
أمين^(١) .

وتشتهر هذه القاعدة كثيراً في المذهب المالكي بعنوان «مراعاة
الخلافا» .

التطبيقات :

إن فروع هذه القاعدة كثيرة جداً لا تكاد تحصى ، منها :

١ - استحباب الدلك في الطهارة ، واستيعاب الرأس بالمسح ، وغسل
المني بالماء ، والترتيب في قضاء الصلوات ، وترك صلاة الأداء
خلف القضاء ، والقصر في سفر يبلغ ثلاث مراحل ، وتركه فيما
دون ذلك ، وتركه للملاح الذي يسافر بأهله وأولاده ، وترك
الجمع ، وكتابة العبد القوي الكسوب ، ونية الإمامة ، واجتناب
استقبال القبلة واستدبارها مع السائر حال قضاء الحاجة ، وقطع
المتيمم الصلاة إذا رأى الماء ، خروجاً من خلافاً من أوجب ذلك
(اللاحجي : ص ٦٨) .

٢ - كراهة الحيل في باب الربا ، ونكاح المحلل خروجاً من خلافاً من
حرمة (اللاحجي : ص ٦٩) .

٣ - كراهة صلاة المنفرد خلف الصف خروجاً من خلافاً من أبطالها
(اللاحجي : ص ٦٩) .

٤ - كراهة مفارقة الإمام بلا عذر ، والاقتراء في خلال الصلاة خروجاً
من خلافاً من لم يجز ذلك (اللاحجي : ص ٦٩) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٢ ، المشور للزركشي ١٢٩/٢ .

المستثنى :

١ - إن الفصل في الوتر أفضل من وصله ، لحديث « لا تشبهوا الوتر بالمغرب »^(١) ولم يراع خلاف أبي حنيفة القائل بمنع الفصل ، لأن من العلماء من لا يجيز الوصل ، قاله السيوطي^(٢) ، وقال التاج السبكي : « وبفرض تجويز كلهم يلزم منه ترك سنة » ، وكذا ما لو تقدم على إمامه بالفاتحة ، أو التشهد ، بأن فرغ من ذلك قبل شروع الإمام فيه لم يضره ، ويجزئه ، لكن تستحب إعادته خروجاً من خلاف من أوجبها ، وقدمت مراعاة هذا الخلاف لقوته على مراعاة الخلاف في البطلان بتكرير الركن القولي ، كما قال ابن حجر ، وهذا الاستثناء يتفق مع الشرط الأول من شروط مراعاة الخلاف ، وهو أن لا يوقع مراعاته في خلاف آخر (اللاحجي : ص ٦٩) .

٢ - يسن رفع اليدين في الصلاة ، ولم يراع خلاف من قال بإبطال الصلاة من الحنفية ، لأنه ثابت عن النبي ﷺ من رواية نحو خمسين صحابياً ، وهذا يتفق مع الشرط الثاني ، وهو أن لا يخالف سنة ثابتة صحيحة أو حسنة (اللاحجي : ص ٦٩) .

٣ - الصوم في السفر أفضل لمن لم يتضرر به ، ولم يراع قول داود الظاهري أنه لا يصح من المسافر ، وهذا يتفق مع الشرط الثالث : أن يقوى مدركه أي دليله الذي استند إليه المجتهد (اللاحجي : ص ٦٩) (٣) .

(١) لعله من كلام الفقهاء ، ولم أجده في كتب الحديث فيما اطلعت عليه .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٢ .

(٣) إيضاح القواعد الفقهية ، اللاحجي ص ٦٨ - ٧٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٢ ، المنشور للزركشي ١٢٧/٢ .

الرخص لا تناط بالمعاصي

التوضيح :

إن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء نظر في ذلك الشيء ، فإن كان تعاطيه في نفسه حراماً امتنع فعل الرخصة ، وإلا فلا ، وبهذا يظهر الفرق بين المعصية بالسفر ، والمعصية في السفر ، فالعبد الأبق ، والناشزة والمسافر للمكس ونحوه ، عاص بالسفر ، فالسفر نفسه معصية ، والرخصة منوطة به ، أي معلقة به ، ومرتبة عليه ترتب المسبب على السبب ، فلا تباح فيه الرخص ، ومن سافر مباحاً فشرب الخمر في سفره فهو عاص فيه أي مرتكب المعصية في السفر المباح ، فنفس السفر ليس معصية ، ولا هو آثم به ، فتباح فيه الرخص ، لأنها منوطة بالسفر ، وهو في نفسه مباح ، ولهذا جاز المسح على الخف المغصوب بخلاف المُحَرَّم ، لأن الرخصة منوطة باللبس ، وهو للمحرم معصية ، وفي المغصوب ليس معصية لذاته ، أي لكونه لباساً ، بل للاستيلاء على حق الغير ، ولذا لو ترك اللبس لم تزل المعصية بخلاف المحرم قاله السيوطي ، فعلم أن العاصي بسفره لا يستبيح شيئاً من رخص السفر كالقصر ، والجمع ، والفطر ، والمسح ثلاثاً ، والتنفل على الراحلة ، وترك الجمعة وأكل الميتة .

وطرد الاصطخري القاعدة في سائر الرخص ، فقال : إن العاصي

بالإقامة لا يستبيح شيئاً منها ، لكن ذهب عامة أصحاب الشافعي إلى أن يستبيحها ، وفرقوا بأن الإقامة نفسها ليست معصية ، لأنها كف ، وإنما الفعل الذي يوقعه في الإقامة معصية ، بخلاف السفر فإنه في نفسه معصية .

التطبيقات :

١ - لو استنجد بمطعم أو محترم أي له حرمة ، كالذي كتب عليه اسم معظم ، أو علم شرعي ، لا يجزئه الاستنجاء في الأصح ، لأن الاقتصار على الحجر رخصة فلا يناط بمعصية (اللحجي : ص ٧١) .

٢ - لو جُن المرتد وجب قضاء صلوات أيام الجنون بخلاف ما إذا حاضرت المرتدة لا تقضي صلوات أيام الحيض ، لأن سقوط القضاء عن الحائض عزيمة ، وعن المجنون رخصة ، والمرتد ليس من أهل الرخصة (اللحجي : ص ٧٢) .

٣ - لو لبس المُحَرَّم الخف ، فليس له المسح ، لأن المعصية هنا في نفس اللبس ، ذكرها الأسنوي (اللحجي : ص ٧٢) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٧١ - ٧٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٣ ، المشور للزركشي ١٦٧/٢ .

الرخص لا تُنَاط بالشك

التوضيح :

الرخصة هي ما خفف الشارع فعله من العزيمة لسبب وعذر ، وهذا التخفيف لا يرتبط بالشك ، بل لا بد من غلبة الظن أو اليقين ، وهذه القاعدة ذكرها الشيخ تقي الدين السبكي رحمه الله تعالى ، وقررها أهل الفروع .

التطبيقات :

- ١ - وجوب غسل الرجلين لمن شك في جواز المسح (اللحجي : ص ٧٢) .
- ٢ - وجوب الإتمام لمن شك في جواز القصر ، وذلك في صور متعددة (اللحجي : ص ٧٢) .

المستثنى :

خرج عن القاعدة مسائل ، منها :

- ١ - الشك في نية إمامه القصر ، إذا علق نية القصر على ما يفعله إمامه ، فتصح نيته ويقصر المأموم إن قصر الإمام ، كما تقدم في قاعدة «الأمر بمقاصدها» (م/ ٢) .

٢ - لو شك في المرحلتين اجتهد وقصر وجمع إذا ظن أنه القدر
المعتبر في القصر ، مع أن القصر رخصة ، وهو شك (اللحجي :
ص٧٢)(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٧٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٦ .

الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه

الألفاظ الأخرى :

المتولد من مأذون فيه لا أثر له .

التوضيح :

إن من يرضى بأمر يكون رضائه شاملاً لكل ما ينتج عنه ، وإن الإذن بالشيء يفيد الإذن بالأمر الناشئ عنه ، ولا يتحمل آثاره .

وهذه القاعدة تشبه قاعدة الحنفية «الجواز الشرعي ينافي الضمان»^(١) (م/ ٩١) .

التطبيقات :

١ - رضي أحد الزوجين ببيع صاحبه ، فزاد العيب ، فلا خيار له على الصحيح ، لأن الزائد ناشئ من أصل العيب ، فلما رضي بالعيب صار راضياً بالزائد منه (اللحجي : ص ٧٢) .

٢ - أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد المرهون ، فهلك بالضرب ، فلا ضمان ، لأنه تولد من مأذون فيه (اللحجي : ص ٧٢) .

(١) سبق بيان هذه القاعدة برقم ٩٠ ص ٤٨٩ .

٣ - إذا أذن المرتهن للراهن في الوطاء ، فحبلت ، انفسخ الرهن ، لتولده من مأذون فيه (اللاحجي : ص٧٢) .

٤ - لو سبق ماء المضمضة والاستنشاق إلى الجوف بلا مبالغة فلا يفطر ، لأنه تولد من مأذون فيه بغير اختياره ، بخلاف ما إذا جعل الماء في أنفه ، أو في فمه ، لا لغرض ، أو سبق ماء غسل تبرد ، أو ماء المرة الرابعة من المضمضة والاستنشاق ، أو بالغ فيهما ، فإنه يفطر في جميع ذلك ، لأنه غير مأمور به ، بل منهي عنه في الرابعة ، وفي غير المضمضة والاستنشاق (اللاحجي : ص٧٢) .

٥ - لو قُطع قصاصاً أو حداً ، فسرى ، فلا ضمان (اللاحجي : ص٧٣) .

٦ - قال مالك أمره : اقطع يدي ، ففعل ، فسرى ، فهدر على الأظهر (اللاحجي : ص٧٣) .

المستثنى :

يستثنى من ذلك ما كان مشروطاً بسلامة العاقبة ، منها :

١ - إذا ضرب الزوج زوجته ضرباً غير مبرح على امتناعها من التمكين ، وأفضى إلى الهلاك ، فإنه يضمن بدية شبه العمد (اللاحجي : ص٧٣) .

٢ - الوالي في التعزير إذا مات المعزَّر فيضمنه عاقلة الوالي (اللاحجي : ص٧٣) .

٣ - المعلم فإنه مأذون له في تأديب المتعلم منه ، لكن بإذن ولي

المحجور ، وهو مشروط بسلامة العاقبة ، فإذا تلف المتعلم ضمنه المعلم (الالحجي : ص ٧٣) .

قال الشيرازي : «ومثل المعلم الذي له تأديب المتعلم الشيخ مع الطلبة ، فله تأديب من حصل منه ما يقتضي تأديبه فيما يتعلق بالتعلم»^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، الحلي ص ٧٢ - ٧٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٧ ،
درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ٩٢/١ ، المنشور ، للزركشي ١٧٦/٢ ، ١٦٣/٣ .

العمل المتعدي أفضل من القاصر

الألفاظ الأخرى :

المتعدي أفضل من القاصر .

التوضيح :

يتناسب الثواب مع شيوع الخير وانتشاره وكثرة المستفيدين منه ، فإذا كان الفعل يتعدى صاحبه إلى غيره فيكون ثوابه أكثر من الفعل الذي يقتصر أثره على صاحبه فقط ، ويعني بالمتعدي : الذي يعم نفعه صاحبه وغيره .

التطبيقات :

١ - قال الأستاذ أبو إسحاق وإمام الحرمين وأبوه : «للقائم بفرض الكفاية مزية على فرض العين ، لأنه أسقط الحرج عن الأمة» (اللحجي : ص ٧٧) .

٢ - قال الشافعي : «طلب العلم أفضل من صلاة النافلة» (اللحجي : ص ٧٧) .

المستثنى :

أنكر الشيخ عز الدين بن عبد السلام هذا الإطلاق ، وقال : «قد

يكون القاصر أفضل كالإيمان وقد قدّم النبي ﷺ التسبيح عقب الصلاة على الصدقة» وقال : «خير أعمالكم الصلاة»^(١) وسئل : أيُّ العمل أفضل؟ فقال : «إيمان بالله ، ثم جهاد في سبيل الله ، ثم حج مبرور»^(٢) وهذه كلها قاصرة^(٣) .

ثم اختار تبعاً لحجة الإسلام الغزالي في «الإحياء» أن أفضل الطاعات على قدر المصالح الناشئة عنها^(٤) .

(١) هذا الحديث رواه ابن ماجه (١٠٢/١) .

(٢) فتح الباري (٤٥٧/٣) جامع الترمذي (١٥٧/٧ ، ١٥٩) سنن النسائي (٥٨/٥ ، ٩٣/٨ ، ٩٤) المستدرك (١٨٠/١ ، ١٨١) .

(٣) قواعد الأحكام للعز ٢٩/١ ، ٣٠ ، ٤٦ ، ٥٥ .

(٤) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٧٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٠ ، المتشور للزركشي ٤٢٠/٢ .

ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً

التوضيح :

الثواب والفضل في الدين بحسب الأفعال ، وكلما كثرت الأفعال كان الثواب أكثر ، وكان الفعل أفضل .
وأصل هذه القاعدة قوله ﷺ لعائشة رضي الله تعالى عنها : «أَجْرُكَ عَلَى قَدَرِ نَصَبِكَ» (١) .

التطبيقات :

- ١ - إن فصل الوتر أفضل من وصله ، لزيادة النية وتكبير الإحرام والسلام (اللحجي : ص ٧٥) .
- ٢ - صلاة النفل قاعداً على النصف من صلاة القائم ، ومضطجعاً على النصف من القاعد (اللحجي : ص ٧٥) .
- ٣ - إفراد النسكين : الحج والعمرة ، أفضل من القران (اللحجي : ص ٧٥) .

المستثنى :

- ١ - القصر أفضل من الإتمام إذا كان السفر ثلاث مراحل فأكثر (اللحجي : ص ٧٥) .

(١) هذا الحديث رواه مسلم (١٧٧/٢) كتاب الحج ١٢٧ ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي وأحمد (٤٣/٦) وروى البخاري معناه (فتح الباري ٣/٦١٠ رقم ١٧٨٧) .

٢ - الضحى أفضلها ثمان ، وأكثرها اثنتا عشرة ركعة ، والأول أفضل تأسيماً بفعله ﷺ (الالحجي : ص ٧٥) .

٣ - قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض سورة ، وإن طال البعض ، كما قاله المتولي لأنه المعهود من فعله ﷺ غالباً ، وقيل : السورة أفضل من البعض المساوي للسورة الكاملة ، واعتمده الرملي في «النهاية» والشارح .

٤ - الصلاة مرة في الجماعة أفضل من فعلها وحده خمساً وعشرين مرة ، كذا ذكره الزركشي في «قواعده» وتابعه عليه السيوطي ، وضعفه الشيخ ابن حجر في «التحفة» فقال : «ولا يصح ، لأن إعادة الصلاة لغير وقوع خلاف في صحتها لا يجوز» (الالحجي : ص ٧٥) .

٥ - صلاة الصبح أفضل من سائر الصلوات غير العصر ، مع أن الصبح أقصر من غيرها ، قال في «التحفة» : «العصر أفضل ، ثم الصبح ، ثم العشاء ، ثم الظهر ، ثم المغرب ، فيما يظهر من الأدلة ، ونظمها الشيخ العلامة جمال الدين السيد محمد بن عبد الرحمن بن حسن عبد الباري الأهمل (ت ٣٥٢هـ) رحمه الله تعالى فقال :

وأفضل من كل الفرائض جمعة فعصر لها فالعصر للغير يا خلي
فصبح عشاء ثم ظهر ومغرب كذا رتبوا فاحفظ هديتك لكل

٦ - ركعة الوتر إذا اقتصر عليها أفضل من ركعتي الفجر على الجديد ،

بل من التهجد في الليل وإن كثرت ركعاته ، ذكره في «المطلب»
(اللحجي : ص ٧٦) .

٧ - تخفيف ركعتي الفجر أفضل من تطويلهما (اللحجي : ص ٧٦) .

٨ - صلاح العيد أفضل من صلاة الكسوف ، مع كونها أشق وأكثر
عملاً ، لأن صلاة العيد فرض كفاية على قول بخلاف الكسوف
(اللحجي : ص ٧٦) .

٩ - الجمع بين المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات أفضل من الفصل
بست غرفات ، لورود التصريح بأفضلية الثلاث في رواية البخاري ،
ولأنما فضل الجمع لصحة أحاديثه على أحاديث الفصل لعدم صحة
أحاديثه ، قاله في «التحفة» (اللحجي : ص ٧٦) .

١٠ - الفصل بغرفتين أفضل منه بست غرفات (اللحجي : ص ٧٦) .

١١ - التصدق بالأضحية بعد أكل لقم منها يتبرك بها أفضل من التصدق
بجميعها (اللحجي : ص ٧٦) .

١٢ - الإحرام من الميقات أفضل منه من دويرة أهله في الأظهر
(اللحجي : ص ٧٦) .

١٣ - الحج والوقوف ركباً أفضل منه ماشياً ، تأسيساً بفعله ﷺ في
الصورتين (اللحجي : ص ٧٦) .

١٤ - تحية المسجد ركعتان أفضل من أكثر من ركعتين بتسليمة واحدة
(اللحجي : ص ٧٦) .

١٥ - الاستعاذة بلفظ : أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، أفضل من زيادة : كأعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم (اللحجي : ص٧٧) .

١٦ - قسْ عليه كل ما دل الدليل على أفضلية القليل فيه على الكثير كَصَلَاة في أحد المساجد الثلاثة أفضل من الكثير في غيرها (اللحجي : ص٧٧)^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٧٥ - ٧٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٩ ، قواعد الأحكام للعز ٢٥/١ ، ٣١ وما بعدها .

الفرض أفضل من النفل

التوضيح :

الفرض هو ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً ، ويثاب فاعله ويعاقب تاركه ، والنفل هو المندوب الذي طلب الشارع فعله طلباً غير جازم ، ويثاب فاعله ، ولا يعاقب تاركه ، والفرائض هي الأساس والأهم في الدين ، لذلك كان ثوابها أفضل من النوافل .

والأصل في ذلك قوله ﷺ فيما يحكيه عن ربه : «وما تقرب إليَّ المتقربون بمثل أداء ما افترضت عليهم» رواه البخاري (١) .

قال إمام الحرمين : «قال الأئمة : خص الله نبيه ﷺ بإيجاب أشياء لتعظيم ثوابه ، فإن ثواب الفرض يزيد على ثواب المندوبات بسبعين درجة ، وتمسكوا بما رواه سلمان الفارسي رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال في شهر رمضان : «من تقربَ فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه ، ومن أدى فريضة فيه كان كمن أدى سبعين فريضة فيما سواه» (٢) فقابل النفل فيه بالفرض في غيره ، وقابل الفرض فيه بسبعين فرضاً في غيره ، فأشعر الفحوى أن الفرض يزيد على النفل سبعين درجة» .

(١) صحيح البخاري (١/٢٥ ، ٥/٢٣٨٥) الاتحافات السننية في الأحاديث القدسية (ص ٢٠٠) .

(٢) الترغيب والترهيب للمنذري (٢/٩٤) .

التطبيقات :

قال التاج السبكي : «وهذا أصل مطرد لا سبيل إلى نقضه بشيء من الصور» فصلاة الفرض أفضل من صلاة النفل ، وصيام رمضان أفضل من صيام غيره ، والزكاة أفضل من الصدقة ، وحج الفريضة أفضل من حج التطوع ، وهكذا (اللاحجي : ص ٧٨) .

المستثنى :

يستثنى من هذه القاعدة صور ، وبعضها فيه نظر لبعض العلماء ، منها :

١ - إبراء المعسر فإنه أفضل من إنظاره ، وإنظاره واجب ، وإبراءه مستحب ، ونظر فيه السبكي «بأنه لم يفضل مندوب واجباً ، بل الإبراء مشتمل على الإنظار» ، وقرره الشيخ ابن حجر في «التحفة» في باب النفل .

٢ - ابتداء السلام فإنه سنة ، والرد واجب ، والابتداء أفضل لقوله ﷺ : «وخيرهما الذي يبدأ بالسلام»^(١) .

وقرر هذا الاستثناء الشيخ ابن حجر في «التحفة» في باب الأذان ، لكن خالف ذلك في باب النفل ، فقال : «وزعم أن المندوب قد يفضل كإبراء المعسر ، وإنظاره ، وابتداء السلام وردّه ، مردود بأن سبب الفضل في هذين اشتغال المندوب على مصلحة الواجب وزيادة ، إذ بالإبراء زال الإمهال ، وبالابتداء حصل الأمن أكثر مما

(١) هذا الحديث رواه الإمام أحمد (٢٢٥/٣) .

في الجواب» واعترضه ابن قاسم ، ورده أبو قشير (اللاحجي : ص ٧٨) .

٣ - الأذان ، فإنه سنة على الأصح ، وهو أفضل من الإمامة ، وهي فرض كفاية أو عين ، ونازع في ذلك الرافي ، وظاهر كلام ابن حجر في «التحفة» رد منازعته (اللاحجي : ص ٧٨) .

٤ - الوضوء قبل الوقت سنة ، وهو أفضل منه في الوقت ، صرح به القمُولي في «الجواهر» وإنما يجب الوضوء بعد دخول الوقت (اللاحجي : ص ٧٨)^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللاحجي ص ٧٧ - ٧٨ ، الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ص ١٨٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦١ .

الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها

التوضيح :

ترتبط العبادات غالباً بأمكنة معينة ، وأزمنة ، وفيها أركان وشروط وأفعال للفضيلة فيها وزيادة الأجر ، كما أن العبادة تكون في أماكن معينة ، فالعمل الوارد في نفس العبادة أفضل من المكان الذي ارتبطت به العبادة .

قال النووي رحمه الله في «شرح المذهب» : «هذه قاعدة مهمة صرح بها جماعة من أصحابنا ، وهي مفهومة من كلام الباقيين»^(١) ، ويتخرج عليها مسائل مشهورة .

التطبيقات :

١ - الصلاة في جوف الكعبة أفضل من الصلاة خارجها ، فإن لم يرج فيها الجماعة ، وكانت خارجها ، فالجماعة خارجها أفضل (اللحجي : ص ٧٨) .

٢ - صلاة الفرض في المسجد أفضل منه في غيره ، فلو كان مسجد لا جماعة فيه ، وهناك جماعة في غيره ، فصلاتها مع الجماعة خارجة أفضل من الانفراد في المسجد (اللحجي : ص ٧٨) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٣ .

٣ - الصلاة في الصف الأول في المسجد النبوي أفضل من الصلاة في الروضة الشريفة (اللحجي : ص ٧٩) .

٤ - صلاة النفل في البيت أفضل منها في المسجد ، لأن فعلها في البيت فضيلة تتعلق بها ، فإنها سبب لتمام الخشوع والإخلاص وأبعد من الرياء وشبهه ، حتى إن صلاة النفل في بيته أفضل منها في المسجد النبوي لذلك (اللحجي : ص ٧٩) .

٥ - القرب من الكعبة في الطواف مستحب ، والرمل مستحب ، فلو منعت الزحمة من الجمع بينهما ولم يمكنه الرمل مع القرب ، وأمكنه مع البعد ، فالمحافظة على الرمل مع البعد أولى من المحافظة على القرب بلا رمل لذلك (اللحجي : ص ٧٩) .

المستثنى :

خرج عن القاعدة صور ، منها :

١ - الجماعة القليلة في المسجد القريب أو البعيد إذا خشي التعطيل لو لم يحضر فيه أفضل من الجماعة الكثيرة في غيره (اللحجي : ص ٧٩) .

٢ - الجماعة في المسجد أفضل منها في غيره وإن كثرت ، صرح به الماوردي ، لأن اعتناء الشارع بكثرة إظهار شعار الجماعة في المساجد أكثر (اللحجي : ص ٧٩) ^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٧٨ - ٧٩ ، المنشور للزركشي ٥٣/٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٣ .

الواجب لا يترك إلا لواجب

الألفاظ الأخرى :

الواجب لا يترك لسنة .

ما لا بد منه لا يترك إلا لما لا بد منه .

جواز ما لو لم يشرع لم يجز ، دليل على وجوبه .

ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب .

التوضيح :

الواجب هو ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً ، ويشاب فاعله ويعاقب تاركه ، فلا يجوز تركه ، ولكنه يترك لواجب آخر ، وهذا الترك مقيد بما إذا شرعاً في محل واحد ، فيتخير بينهما ، كستر بعض عورته بيده ، يتخير بينه وبين وضع يده حال السجود .

التطبيقات :

١ - ستر بعض عورته بيده يتخير بينه وبين وضع يده حال السجود (اللحجي : ص ٧٩) .

٢ - قطع اليد في السرقة لو لم يجب لكان حراماً (اللحجي : ص ٧٩) .

٣ - إقامة الحدود على ذوي الجرائم ، وجوب أكل الميتة للمضطر (اللحجي : ص ٧٩) .

٤ - الختان لو لم يجب لكان حراماً لما فيه من قطع عضو ، وكشف العورة والنظر إليها (اللحجي : ص ٧٩) .

٥ - العود من قيام الثالثة إلى التشهد الأول يجب لمتابعة الإمام لأنها واجبة ، ولا يجوز للإمام والمنفرد ، لأنه ترك فرض لسنة ، وكذا العود إلى القنوت (اللحجي : ص ٧٩) .

٦ - التنحنح بحيث يظهر حرفان إن كان لأجل القراءة فعذر ، لأنه لواجب ، أو للجهر فلا ، لأنه سنة (اللحجي : ص ٧٩) .

المستثنى :

١ - سجود السهو وسجود التلاوة لا يجبان ، ولو لم يشرعا لم يجوزا (اللحجي : ص ٨٠) .

٢ - النظر إلى المخطوبة لا يجب ، ولو لم يشرع لم يجز (اللحجي : ص ٨٠) .

٣ - الكتابة لا تجب إذا طلبها الرقيق الكسوب ، وقد كانت قبلها ممنوعة ، لأن السيد لا يعامل عبده (اللحجي : ص ٨٠) .

٤ - رفع اليدين على التوالي في تكبيرات العيد ، فإنها لا تبطل الصلاة على المعتمد عند الرملي تبعاً للسيوطي وغيره ، خلافاً للشيخ ابن حجر في «تحفته» (اللحجي : ص ٨٠) .

٥ - قتل الحية مع توالي الضرب ، ومع الانحناء في الصلاة لا تبطل به الصلاة لمشروعيتها فيها ، لو لم يشرع لكان مبطلاً للصلاة مع أنه ليس بواجب ، بل سنة (اللحجي : ص ٨٠) .

٦ - زيادة ركوع في صلاة الكسوف لا يجب ، ولو لم يشرع لم يجز (اللحجي : ص ٨٠)^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٨٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٤ ،
المشور للزركشي ٣/ ١٤٦ ، ٣١٦ وما بعدها .

ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه،
لا يوجب أهونهما بعمومه

التوضيح :

إذا وجب حكم شرعي أعظم بسبب أمر مخصوص ، فيدخل فيه الأمر العام ، ويقتصر على الخاص .

التطبيقات :

- ١ - لا يجب على الزاني التعزير بالملامسة والمفاخدة ، فإن أعظم الأمرين ، وهو الحد ، قد وجب فدخل فيه حكم الملامسة (اللحجي : ص ٨٠) .
- ٢ - زنى المحصن لم يوجب أهون الأمرين ، وهو الجلد بعموم كونه زنى يوجب الرجم خلافا لابن المنذر (اللحجي : ص ٨٠) .
- ٣ - خروج المني لا يوجب الوضوء على الصحيح بعموم كونه خارجاً ، فإنه قد أوجب الغسل الذي هو أعظم الأمرين (اللحجي : ص ٨٠) .
- ٤ - الشين الحاصل بسبب الموضحة ، فإنه لا يجب أرشه ، لأن هذه الموضحة قد أوجبت أعظم الأمرين ، وهو القصاص ، فلا توجب الأرض الأهون (اللحجي : ص ٨٠) .

المستثنى :

- ١ - الحيض والنفاس والولادة فإنها توجب الغسل ، مع إيجابها الوضوء أيضاً (اللحجي : ص ٨٠) .

- ٢ - من اشترى فاسداً ووطئ لزمه المهر وأرش البكارة ، ولا يندرج في المهر (اللحجي : ص ٨٠) .
- ٣ - لو شهدوا على محصن بالزنى ، فرجم ، ثم رجعوا اقتُصَّ منهم ، ويُحَدَّثُونَ للقذف أولاً ، (اللحجي : ص ٨٠) .
- ٤ - من قاتل من أهل الكمال ، وهو البالغ العاقل الحر ، أكثر من غيره ، حتى فعل نكاية في العدو ، فإنه يُرْضَخ له مع سهمه ، ذكره الرافعي عن البغوي وغيره (اللحجي : ص ٨٠) .
- ٥ - الجماع في رمضان وفي الحج يوجب القضاء مع الكفارة (اللحجي : ص ٨٠) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٨٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٥ ، المنشور ١٣١ / ٣ ، المجموع المذهب ٦٤٦ / ٢ .

ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط

التوضيح :

إن الشرع أوجب أحكاماً ، وشرط شروطاً ، فإذا أوجب الشخص على نفسه ما أوجبه الشرع فيقع بحسب ما أوجبه الشرع ، وإن شرط شرطاً شرطه الشرع فيقع عن شرط الشرع ويلغو شرطه .

التطبيقات :

- ١ - لا يصح نذر الواجب كالجمعة والصلوات الخمس (اللحجي : ص ٨١) .
- ٢ - لو قال : طلقتك بألف على أن لي عليك الرجعة ، سقط قوله : بألف ، ويقع رجعيّاً ، لأن المال ثبت بالشرط ، والرجعة ثبتت بالشرع ، فكانت أقوى (اللحجي : ص ٨١) .
- ٣ - لا يصح تدبير المستولدة ، لأن عتقها بالموت ثابت بالشرع ، فلا يحتاج معه إلى التدبير (اللحجي : ص ٨١) .
- ٤ - لو اشترى قريبه ، ونوى عتقه عن الكفارة ، لا يقع عنها ، لأن عتقه بالقرابة حكم قهري والعتق عن الكفارة يتعلق بإيقاعه واختياره (اللحجي : ص ٨١) .

٥ - من لم يحج إذا أحرم بتطوع ونذر وقع عن حجة الإسلام ، لأنه يتعلق بالشرع ، ووقوعه عن التطوع والنذر متعلق بإيقاعه عنهما ، والأول أقوى (اللحجي : ص ٨١) .

٦ - لو نكح أمة موروثه ، ثم قال : إذا مات سيدك فأنت طالق ، فمات السيد ، والزوج يرثه ، فالأصح أنه لا يقع الطلاق ، لأنه اجتمع المقتضي للانفساخ ووقوع الطلاق في حالة واحدة ، والجمع بينهما ممتنع ، فقدم أقواهما ، وهو الانفساخ ، لأنه حكم ثبت بالقهر شرعاً ، ووقوع الطلاق حكم تعلق باختياره ، والأول أقوى (اللحجي : ص ٨١)^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٨١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٦ ، المنشور للزركشي ١٣٤ / ٣ .

المشغول لا يُشغل

الألفاظ الأخرى :

شغل المشغول لا يجوز ، بخلاف شغل الفارغ .

التوضيح :

إن العين أو الشيء المشغول بحكم ، أي الذي يتعلق به حكم شرعي ، لا يقبل أن يرد عليه حكم آخر من جنسه ، أو يتنافى مع الأول ، لأن المحل لا يحتمل حكمتين من جنس واحد .

قال السيوطي رحمه الله تعالى : «واعلم أن إيراد العقد على العقد ضربان :

أحدهما : أن يكون قبل لزوم الأول وإتمامه ، فهو إبطال للأول إن صدر من البائع ، كما لو باع المبيع في زمن الخيار ، أو أجره ، أو أعتقه ، فهو فسخ ، أو إمضاء للأول إن صدر من المشتري بعد القبض .

الثاني : أن يكون بعد لزومه ، وهو ضربان :

الأول : أن يكون مع غير العاقد الأول ، فإن كان فيه إبطال لحق الأول لغا ، كما لو رهن داره ، ثم باعها بغير إذن المرتهن ، أو أجرها مدة يحل الدين قبلها ، وإن لم يكن فيها إبطال للأول صح ، كما لو أجر

داره ، ثم باعها لآخر ، فإنه يصح ، لأن مورد البيع العين ، ومورد الإجارة المنفعة ، وكذا لو زوج أمته ، ثم باعها .

الثاني : أن يكون مع العاقد الأول ، فإن اختلف المورد صح قطعاً ، كما لو أجر داره ، ثم باعها من المستأجر ، صح ، ولا تنفسخ الإجارة في الأصح ، بخلاف ما لو تزوج بأمة ثم اشتراها ، فإنه يصح وينفسخ النكاح ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح ، فسقط الأضعف بالأقوى ، كذا عللوه ، واستشكله الرافعي بأن هذا التعليل موجود في الإجارة ، فالأولى أن يقال : إنما ينتقل إلى المشتري ما كان للبائع ، والبائع حين البيع لا يملك المنفعة بخلاف النكاح ، فإن السيد يملك منفعة بضع أمته المزوجة ، بدليل أنها لو وطئت بشبهة كان المهر للسيد ، لا للزوج ، وقد يجاب بأن الإشكال لا يرد المنقول ، ولو رهنه داراً ثم أجرها منه جاز ولا يبطل الرهن ، جزم به الرافعي ، قال : وهكذا لو أجرها ثم رهنها منه يجوز ، لأن أحدهما ورد على محل غير الآخر ، فإن الإجارة على المنفعة ، والرهن على الرقبة .

وإن اتحد المورد كما لو استأجر زوجته لإرضاع ولده ، فقال العراقيون : لا يجوز ، لأنه يستحق الانتفاع بها في تلك الحالة ، فلا يجوز أن يعقد عليها عقداً آخر يمنع استيفاء الحق ، والأصح أنه يجوز ، ويكون الاستئجار من حين يترك الاستمتاع ، ولو استأجر إنساناً للخدمة شهراً ، لم يجز أن يستأجره تلك المدة لخياطة ثوب أو عمل آخر ، ذكره الرافعي في «النفقات»^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٨ .

التطبيقات :

- ١ - لو رهن رهناً بدين ثم رهنه بآخر لم يجز في الجديد (اللحجي : ص ٨٣) .
- ٢ - لا يجوز الإحرام بالعمرة للعاكف بمنى ، لاشتغاله بالرمي والمبيت (اللحجي : ص ٨٣) .
- ٣ - لا يجوز إيراد عقدين على عين في محل واحد ، كما لو رهن داره ، ثم أجرها من غير المرتهن^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٨٣ - ٨٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٧ ،
المنثور ٣ / ١٧٤ .

المُكَبَّرُ لَا يُكَبَّرُ

التوضيح :

إذا ورد حكم شرعي مشدداً لعلة معينة ، فلا يزداد عليه شيء مما يمكن زيادته وتضعيفه على الأحكام العادية .

التطبيقات :

١ - لا يشرع التثليث في غسلات نجاسة الكلب ، وهذا ما اعتمده السيوطي تبعاً لجماعة ، واعتمده المحقق جمال الدين محمد الرملي في «نهایته» وتبعهم الباجوري .

وخالف المحقق الشهاب أحمد بن حجر الهيتمي ، فاعتمد سنية التثليث ، وقال الزركشي : «إنه أقرب إلى القواعد» والتثليث المذكور يكون بزيادة غسلتين بعد الطهر بسبع ، لأن السبع تحسب واحدة ، وقيل : التثليث بزيادة سبعتين ، قال بعضهم : وكل من القولين ضعيف ، والمعتمد ما عليه الرملي هنا (اللحجي : ص ٨٤) .

٢ - لا يشرع التغليظ في أيمان القسامة ، وهي خمسون يميناً ، وتغليظ اليمين يكون باللفظ والزمان ، والمكان (اللحجي : ص ٧٤) .

- ٣ - لا يشرع التغليب في دية العمد ، وشبهه ، ولا الخطأ إذا غلظت بسبب ، وتغليب الدية يكون بالفورية ، وبنوع الإبل : أربعون خَلْفَةً ، وثلاثون جَذَعَةً ، وثلاثون حُقَّةً ، ولا يزداد التغليب بسبب آخر ككونه في الحرم ، ومن المحرم ، وأشهر الحرم (الالحجي : ص ٨٤) .
- ٤ - إذا أخذت الجزية باسم زكاة ، وضعفت ، لا يضعف الجبران في الأصح ، لأننا لو ضعفناه لكان ضعف الضعف ، والزيادة على الضعف لا تجوز (الالحجي : ص ٨٤)(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، الحلي ص ٨٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٩ ، المنشور للزركشي ١٩٧/٣ .

النفل أوسع من الفرض

التوضيح :

النفل : هو المندوب الذي طلبه الشارع طلباً غير جازم ، ويثاب فاعله ولا يعاقب تاركه ، والفرض : هو ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً ، ويثاب فاعله ويعاقب تاركه ، وهو الأهم ، ولذلك يشترط فيه ما لا يشترط في النفل ، وتجب به بعض الأحكام التي لا تجب في مثيله من النفل .

التطبيقات :

١ - لا يجب القيام في صلاة النفل ، وتصح مع القعود ولو بدون عذر ، والفرض لا يصح إلا بالقيام ، ويجب فيه القيام إلا لعذر (اللحجي : ص ٨٦) .

٢ - لا يجب الاستقبال في صلاة النفل في السفر ، ويجب في الفرض في السفر (اللحجي : ص ٨٦) .

٣ - لا يجب تجديد الاجتهاد في القبلة عند صلاة النفل أكثر من مرة ، ويجب تجديد الاجتهاد عن كل فرض (اللحجي : ص ٨٦) .

٤ - لا يجب تكرير التيمم عند أداء نفل آخر ، ويجب تكريره لكل فرض (اللحجي : ص ٨٦) .

٥ - لا يجب تبئيت النية في صيام النفل من الليل ، وتصح بعد الفجر ، وبعد طلوع الشمس حتى قبل الزوال ، ويجب تبئيت نية الصيام من الليل قبل الفجر في الفرض والنذر (الالحجي : ص ٨٦) .

٦ - لا يلزم النفل بالشروع ، ويجوز تركه بعد الشروع ، ولا يجب إتمامه ، أما الفرض فيلزم بالشروع فيه ولا يجوز تركه بدون عذر ، لقوله تعالى : ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ محمد/٣٣ (الالحجي : ص ٨٦)(١) .

المستثنى :

قد يضيق النفل عن الفرض في صور ، ترجع إلى قاعدة «ما جاز للضرورة يتقدر بقدرها» (م/٢٢) ، وله صور :

١ - وجوب الفرض على فاقد الطهورين ، ولا يجوز له النفل (الالحجي : ص ٨٦) .

٢ - العاري يجب عليه صلاة الفرض فقط ، ولا يصلي النفل (الالحجي : ص ٨٦) .

٣ - الجنب الذي لم يجد الطهورين لا يقرأ غير الفاتحة ، فتجوز له قراءة الفاتحة لأنها فرض ، ولا يقرأ سورة أو آية لأنها نفل (الالحجي : ص ٨٦)(٢) .

(١) المنشور للزركشي ٢٧٧/٣ .

(٢) إيضاح القواعد الفقهية ، الحلي ص ٨٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١ ، المنشور للزركشي ٢٧٧/٣ .

النية في اليمين تخصص اللفظ العام، وتقصره على بعض أفرادها، ولا تعمم الخاص من اللفظ.

التوضيح :

اللفظ العام يراد به جميع أفرادها إلا إذا ورد ما يخصه فيقصره على بعض الأفراد ، والمخصصات كثيرة للألفاظ ، منها التخصيص بالنية التي تقصر اللفظ العام ، وتخصصه بحسب المنوي ، ولكن النية لا تقلب اللفظ الخاص إلى عام ، ويبقى اللفظ الخاص خاصاً وإن نوى المتكلم التعميم ، فلا يعمم .

التطبيقات :

١ - حلف وقال : والله لا أكلم أحداً ، ونوى زيداً قصر اليمين عليه ، فلا يحث إلا بتكليم زيد لا بتكليم غيره ، وهذا مثال للشطر الأول (اللاحجي : ص ٢٦) .

٢ - مثال الشطر الثاني أن يميناً عليه رجل بما نال منه ، فيقول : والله لا أشرب منه ماء من عطش ، فإن اليمين تنعقد على الماء من عطش خاصة ، ولا يحث بطعامه ولا ثيابه ، وإن نوى أنه لا ينتفع منه بشيء ، وإن كانت المنازعة تقتضي ذلك ، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ ما نواه بجهة يتجاوز بها ، وخالف الأسنوي ، وقال : «وفي ذلك نظر ، لأن فيه جهة صحيحة ، وهي إطلاق اسم البعض على الكل» (اللاحجي : ص ٢٦) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ص ٢٥ ، المنشور للزركشي ٢٨٤/٣ وما بعدها .

مقاصد اللفظ على نية الالفاظ

التوضيح :

إن مقاصد الألفاظ كاليمين ، والاعتكاف ، والنذر ، والحج ، والصلاة ، والطلاق ، والعتق وغيرها تحمل على نية الالفاظ ، أي أنه لا يعتبر في النية إلا نية صاحبها المتلفظ بمضمونها ، ومستند ذلك الحديث المشهور : «إنما الأعمال بالنيّات» أخرجه الأئمة الستة وغيرهم^(١) ، ولذلك يجوز التورية في الكلام والأيمان ، بأن يقصد المتكلم من كلامه غير المعنى المتبادر من الألفاظ ، أو ينوي فيه خلاف الظاهر ، أو يقصد تخصيص اللفظ العام ، وقصره على بعض أفرادها ، ولما رواه سويد بن حنظلة أنه كان مع وائل بن حُجر فأخذه عدو له ، فحلف سويد : إنه أخي ، فخلي عنه ، فقال رسول الله : «أنت كنت أبرّهم وأصدقهم ، صدقت ، المسلم أخو المسلم» أخرجه الحاكم وصححه ، وأبو داود بسند صالح ، وابن ماجه^(٢) ، ولقوله ﷺ : «إن في المعارض لمندوحة من الكذب» أخرجه ابن عدي ، والبيهقي ، وعنون به البخاري في صحيحه^(٣) ، ولقوله ﷺ : «اليمين على نية المستحلف»^(٤) أي في القضاء واليمين الواجبة فقط ، وعلى نية الحالف في غيرها .

(١) سبق بيانه ص ٦٤ القاعدة ١ .

(٢) المستدرک (٢٩٩/٤) سنن أبي داود (٢٠٠/٢) سنن ابن ماجه (٦٨٥/١) نيل الأوطار (٢٥٥/٨) .

(٣) صحيح البخاري بحاشية السندي (٥٨/٤) الفتح الكبير (٤٠١/١) .

(٤) رواه مسلم (١١٧/١١) وأبو داود (٧٥/٢) والترمذي (٥٨٧/٤) والحاكم (٣٠٣/٤) والبيهقي (٦٥/١٠) وابن ماجه (٦٨٦/١) والشوكاني (نيل الأوطار ٢٢٦/٨) .

التطبيقات :

- ١ - حلف أن لا يدخل دار زيد ، فإنه يحنث بدخول ما يسكنها بملك ، لا بإعارة وإجارة وغصب ، إلا أن يريد مسكنه فيحنث بالمعار وغيره ، ويحنث بما يملكه ولا يسكنه ، إلا أن يريد مسكنه فلا يحنث بما لا يسكنه (اللعجي : ص ٢٦) .
- ٢ - نوى الاعتكاف وأطلق ، ثم خرج من المسجد ، فإن كان خروجه بعد العزم على العود فلا يجب التجديد ، وإن كان بدون العزم على العود فيجب التجديد (اللعجي : ص ٢٦) .
- ٣ - نذر لله أن يفعل كذا ، فإن نوى اليمين يلزمه إن حنث كفارة يمين (اللعجي : ص ٢٦) .
- ٤ - أحرم بالحج مطلقاً في أشهر الحج ، فإنه يصرفه قبل العمل بالنية إلى ما شاء من حج أو عمرة أو قران (اللعجي : ص ٢٦) .
- ٥ - قال لزوجته : يا طالق ، واسمها طالق ، فإن قصد الطلاق حصل ، وإن قصد النداء فلا (اللعجي : ص ٢٦) .
- ٦ - قال لأمته : يا حرة ، واسمها حرة ، فإن قصد العتق وقع ، وإن قصد النداء فلا (اللعجي : ص ٢٦) .

المستثنى :

- ١ - اليمين عند من له ولاية التحليف كالقاضي والمحكم ، فإن النية على نية القاضي دون الحالف ، فلا تعتبر نيته ، وإلا ضاعت

الحقوق ، سواء أكان موافقاً للقاضي في مذهبه أم لا في شفعة الجوار والبراءة من الدين (اللعجي : ص٢٦) (١) . لحديث «اليمين على نية المستحلف» وفي رواية «يمينك على ما يصدقك به صاحبك» (٢) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي ص٢٦ ، المنشور للزركشي ١ / ٣٦١ ، ٢ / ٣٠٨ ، ٣ / ٣١٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٧ .
(٢) سبق بيان الحديث في ص ٦٢٦ .

الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود

التوضيح :

إن الأعمال والأحكام المطلوبة شرعاً لها مقاصد محددة ، وأوقات خاصة أحياناً ، فإن اشتغل الشخص بشيء غير مقصود شرعاً من الفعل ، فهذا يدل على إعراضه عن المقصود المطلوب ، ويتحمل نتائج تصرفه .

التطبيقات :

١ - لو حلف لا يسكن هذه الدار ، ولا يقيم فيها ، فتردد ساعة حنث ، وإن اشتغل بجمع متاعه والتهيؤ لأسباب النقلة فلا (اللعجي : ص ٨٩) .

٢ - لو قال طالب الشفعة للمشتري عند لقائه : اشتريت رخيصاً ، سقط حقه (اللعجي : ص ٨٩) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللعجي ص ٨٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٥ .

لا ينكر المُخْتَلَف فيه، وإنما ينكر المُجْمَع عليه

الألفاظ الأخرى :

لا ينكر إلا ما أجمع على منعه .

التوضيح :

المختلف فيه هو ما يقع بين المذاهب لاختلاف الأدلة ، فلا يجب إنكار المختلف فيه لأنه يقوم على دليل ، وإنما يجب إنكاره فعل يخالف المجمع عليه ، لأنه لا دليل عليه .

وإن الإنكار المنفي في القاعدة مراد به : الإنكار الواجب فقط ، وهو لا يكون إلا لما أجمع على تحريمه ، وأما ما اختلف في تحريمه فلا يجب إنكاره على الفاعل لاحتمال أنه حينئذ قلد من يرى حله ، أو جهل تحريمه ، كذا في «التحفة» .

وهذه قاعدة عظيمة متفرعة عن أصل عظيم ، لأن نسبة المختلف فيه إلى المحرم ليست بأولى من نسبته إلى المحلل ، وهذا باعتبار استصحاب العدم الأصلي ، وباعتبار الإنكار الواجب .

ويشترط في وجوب الإنكار أيضاً أن لا يؤدي إلى فتنة ، فإن علم أنه يؤدي إلى فتنة لم يجب ، بل ربما كان حراماً ، بل يلزمه أن لا يحضر المنكر ، ويعتزل في بيته لئلا يراه ، ولا يخرج إلا للضرورة ، ولا يلزمه مفارقة تلك البلدة إلا إذا كان عرضة للفساد .

قال في «التحفة» : «والكلام في غير المحتسب ، أما هو فينكر وجوباً على من أخل بشيء من الشعائر الظاهرة ، ولو سنة ، كصلاة العيد والأذان ، فيلزمه الأمر بهما ، ولكن لا يقاتلهم» .

التطبيقات :

كل ما يدخل تحت الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله .

المستثنى :

١ - أن يرفع الأمر لحاكم يرى التحريم ، كما إذا رفع له حنفي شارب نبيذ ، فإنه يحده ، إذ لا يجوز للحاكم أن يحكم بخلاف معتقده (اللاحجي : ص ٨٩) .

٢ - أن يكون للمنكر فيه حق ، كالزوج يمنع زوجته من شرب النبيذ إذا كانت تستحلّه هي ، وكذلك الذمية على الصحيح (اللاحجي : ص ٨٩) .

٣ - إذا كان مأخذ المجوّز لهذا المنكر بعيداً ، بحيث ينقض فيه قضاء القاضي ، فينكر حينئذ على الذهاب إليه وعلى مقلده ، كوطء المرهونة ، إذ يقول عطاء بحله ، فيجب الحد على المرتتهن إذا وطئها ، ولا ينظر لذلك (اللاحجي : ص ٩٠) .

٤ - أن يكون الفاعل معتقداً للحظر ، أي المنع والتحريم لذلك الفعل كواطئ رجعيته ، فيعزر (اللاحجي : ص ٩٠) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللاحجي ص ٨٩ - ٩٠ ، المنثور للزركشي ٣/ ٣٦٣ .

يدخل القوي على الضعيف، ولا عكس

التوضيح :

القوي : هو الفرض والواجب ، والحكم الأصلي ، والضعيف هو المندوب والمباح والرخصة ، فالقوي يدخل على الضعيف أحياناً ، ولكن الضعيف لا يدخل على القوي إلا استثناء .

التطبيقات :

١ - يجوز إدخال الحج على العمرة قطعاً ، لا عكسه على الأظهر ، أي فلا تدخل العمرة على الحج ، إذ لا يستفيد به شيئاً (اللحجي : ص ٩٠) .

٢ - لو وطئ أمة ، ثم تزوج أختها ثبت نكاحها ، وحرمت الأمة ، لأن الوطء بفراش النكاح أقوى من ملك اليمين ، إذ يتعلق بفراش النكاح الطلاق والظهار والإيلاء وغيرها ، قال في «المغني» : «فلا يندفع الأقوى بالأضعف ، بل يرفعه» (اللحجي : ص ٩٠) .

٣ - لو تقدم النكاح حرم عليه الوطء بالملك ، لأنه أضعف الفراشين ، قال علي الشبراملسي : «أي ما دام النكاح باقياً ، فإن طلق المنكوحه حلت الأخرى» أي في الصورتين (اللحجي : ص ٩٠) .

المستثنى :

إذا نوى صوم نفل ثم أراد في أثناءه نية الفرض لم يصح ، وهل يصح عكسه : وهو ما لو نوى في أثناء شوال صوم غد عن القضاء ، ثم في أثناءه شرك معه بنية صوم الست مثلاً؟ القياس : نعم ، أي تصح ، ويحصل كل من الفرض والنفل ، بناء على ما اعتمده الشهاب الرملي ، كغيره من أن الصوم في شوال لقضاء وغيره يحصل به ما نواه مع ست شوال أيضاً ، قاله بعضهم (اللحجي : ص ٩٠) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٩٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٥ ،
المنثور للزركشي ٣ / ٣٦٩ .

الميسور لا يسقط بالمعسور

التوضيح :

أي إن المأمور به إذا لم يتيسر فعله على الوجه المطلوب ، بل تيسر فعل بعضه ، لا يسقط بالمعسور ، أي بعدم القدرة على فعل الكل ، فيجب البعض المقدور عليه .

قال التاج السبكي : «وهذه القاعدة من أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ : «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» الحديث رواه الشيخان البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه^(١) .

وذكر الإمام : «أن هذه القاعدة من الأصول الشائعة التي لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة» .

التطبيقات :

- ١ - من قدر على الإيماء بالركوع والسجود وجب (اللحجي : ص ٩٢) .
- ٢ - من قدر على غسل بعض أعضاء الوضوء ، كأن قطع بعض الفرض من اليدين والرجلين ، فإنه يجب غسل ما بقي منه (اللحجي : ص ٩٢) .

(١) صحيح البخاري (٢٦٥٨/٦) صحيح مسلم (١٠٩/١٥) .

٣ - من قدر على نصف صاع في الفطرة وجب عليه إخراجَه في الأصح (اللحجي : ص ٩٢) .

٤ - القادر على بعض الفاتحة يأتي به بلا خوف (اللحجي : ص ٩٢) .

٥ - لو انتهى في الكفارة إلى الإطعام ، فلم يجد إلا طعام ثلاثين مسكيناً ، فالأصح وجوب إطعامهم (اللحجي : ص ٩٢) .

٦ - من ملك نصاباً بعضه عنده ، وبعضه غائب ، فالأصح أنه يخرج عما في يده في الحال (اللحجي : ص ٩٢) .

المستثنى :

١ - واجد بعض الرقبة في الكفارة لا يعتقها ، بل ينتقل إلى البدل بلا خلاف (اللحجي : ص ٩٢) .

٢ - القادر على صوم بعض يوم دون كله لا يلزمه إمساكه ، لأنه ليس بصوم شرعي (اللحجي : ص ٩٢) .

٣ - إذا وجد الشفيع بعض ثمن الشقص ، لا يأخذ قسطه من الشقص (اللحجي : ص ٩٢) .

٤ - إذا أوصى بثلثه ، يشتري به رقبة ، فلم يف بها ، لا يشتري شقص ، بل تلغو الوصية ، ويرجع المال للورثة (اللحجي : ص ٩٢) .

٥ - إذا اطلع على عيب ، ولم يتيسر له الرد ، ولا الإشهاد ، لا يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصح (اللحجي : ص ٩٢) (٢)

(٢) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٩١ - ٩٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٦ ، المشور للزركشي ١٩٨/٣ .

**ما لا يقبل التبعض فاختيار بعضه كاختيار كله،
واسقاط بعضه كإسقاط كله**

التوضيح :

إن بعض الأحكام الشرعية لا تتبع بعض ، فإما أن تقبل كلاً ، وإما أن تسقط كلاً ، لعدم إمكان التجزؤ .

ولكن وقع خلاف في جعل اختيار البعض اختياراً للكل ، هل هو بطريق السراية إلى الباقي من ذلك البعض؟ بمعنى أنه يقع على الجزء ، ثم يسري إلى باقي الأجزاء ، أو لا يكون بطريق السراية ، بل اختياره للبعض نفس اختياره للكل ، بمعنى أنه عبر بالبعض عن الكل؟

ووقع خلاف مشهور في تبعض الطلاق والعق ، فقال إمام الحرمين : «إنه من باب التعبير بالبعض عن الكل» وقضية كلام الرافعي «أنه من باب السراية» قال في «التحفة» : وهو الأصح .

وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلق واحدة ونصفاً ، تقع ثنتان على القولين ، ويستحق ثلثي الألف على قول الإمام ، ويستحق نصفه على قول الرافعي ، وهو الأصح ، اعتباراً بما أوقعه ، لا بما سرى عليه .

قال السيد عمر البصري : «وقد يقال : ينبغي أن يكون محل الخلاف صورة الإطلاق ، أما إذا أراد به حقيقته فمن السراية قطعاً ، أو الكل فمن التعبير بالبعض قطعاً ، بخلاف ما إذا أطلق ، فإن المتبادر الحقيقة» .

التطبيقات :

- ١ - إذا قال : أنت طالق نصف طلقة ، أو بعضك طالق ، طلقت طلقة (اللحجي : ص ٩٢) .
- ٢ - إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه ، أو عفا بعض المستحقين ، سقط كله (اللحجي : ص ٩٢) .
- ٣ - إذا عفا الشفيع عن بعض حقه ، فالأصح سقوط كله (اللحجي : ص ٩٢) .
- ٤ - عتق بعض الرقبة ، أو عتق بعض المالكين نصيبه ، وهو موسر ، عتق كله (اللحجي : ص ٩٢) .
- ٥ - إذا قال : أحرمت بنصف نسك ، انعقد بنسك ، كالطلاق ، كما في «زوائد الروضة» ولا نظير لها في العبادات (اللحجي : ص ٩٢) .
- ٦ - إذا اشترى عبيدين ، فوجد بأحدهما عيباً لم يَجْزُ إفراذه بالرد ، فلو قال : رددت المعيب منهما ، فالأصح أنه لا يكون رداً لهما (اللحجي : ص ٩٢) .

المستثنى :

لا يزيد البعض عن الكل إلا في مسألة واحدة ، وهي إذا قال : أنت علي كظهر أمي ، فإنه صريح في الظهار ، ولو قال : أنت علي كأمي ، لم يكن صريحاً ، بل كناية ، فإن نوى أنها كظهر أمه في التحريم ، كان ظهاراً ، وإن قصد كرامة ، فلا يكون ظهاراً ، لأن مثل هذا اللفظ يستعمل في الكرامة والإعزاز (اللحجي : ص ٩٢) ^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٩٢ - ٩٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨ ، المنشور للزركشي ٣/ ١٥٣ ، ٣٦١ .

الباب الخامس

القواعد المختلف فيها عند الشافعية

وهي قواعد مختلف فيها في المذهب الشافعي غالباً ،
ولا يطلق الترجيح فيها لاختلافه في الفروع التي تدخل
تحتها ، كما قاله السيوطي^(١) .

ولكن المتأخرين رجحوا أحد الشقين في كثير من هذه
القواعد ، فيكون الراجح تطبيقاً للقاعدة ، والمرجوح مما
خرج عن القاعدة يعتبر مستثنيات لها ، كما سيأتي بيان ذلك
مفصلاً عند ذكر كل قاعدة^(٢) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٠ .

(٢) إيضاح القواعد الفقهية ص ٩٥ .

هل الجمعة ظهر مقصورة؟ أو صلاة على حيالها؟

التوضيح :

صلاة الجمعة ركعتان بعد خطبة الجمعة ، ولكن هل تعتبر ظهراً مقصورة ، أم صلاة مستقلة بذاتها ، قولان ، ويقال : وجهان .

قال النووي رحمه الله في «شرح المذهب» : «ولعلهما مستنبطان من كلام الإمام الشافعي رحمه الله تعالى ، فيصح تسميتهما قولين ، ووجهين» والترجيح فيهما مختلف في الفروع المبنية عليهما ، كما قاله السيوطي^(١) .

أي لأن قولهم : أن الخطبتين تنزلان منزلة الركعتين ، وقولهم : لو خرج الوقت ، وهم فيها ، وجب الظهر بناء ، كلاهما يؤيد كونها ظهراً مقصورة .

وقولهم : لو اقتدى مسافر بمصل صلاة الجمعة لزمه الإتمام ، وقولهم : ليست الخطبتان منزلتين منزلة ركعتين على المعتمد ، كلاهما يؤيد كونها صلاة على حيالها .

والأصح ، كما قال شيخ الإسلام ابن حجر الهيتمي في «التحفة» :

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٠ .

«إنها صلاة على حيالها ، أي وغالب الفروع تنبني على هذا القول» وقال الخطيب الشربيني : «والجدید أن الجمعة لیست ظهراً مقصورة . . . بل صلاة مستقلة»^(١) .

وأما الفروع التي لا تدخل في القاعدة فمستثنيات .

التطبيقات :

من فروع القاعدة :

- ١ - لو خرج الوقت ، وهم فيها ، فإنهم يتمونها ظهراً بناءً ، وإن قلنا إنها صلاة على حيالها .
- ٢ - هل له جمع العصر إلى الجمعة لو صلاها وهو مسافر؟ الأصح الجواز ، وإن قلنا إنها صلاة مستقلة^(٢) .

(١) مغني المحتاج شرح المنهاج ٢٧٦/١ .

(٢) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٩٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٠ .

الصلاة خلف المحدث المجهول الحال، هل هي صلاة جماعة أو انفراد؟

التوضيح :

الصلاة خلف المحدث المجهول الحال صحيحة على القول الأصح ، ولكن هل تعتبر صلاة جماعة بحسب الظاهر ، أو انفراد؟ في المسألة وجهان ، ويختلف الترجيح في الصور والحالات ، والمرجح في هذه القاعدة أنها تكون جماعة ، والحكم لغالب الفروع ، ولا يرد خروج بعضها ، بل تكون من المستثنيات .

التطبيقات :

يرجح أنها صلاة جماعة في فروع :

- ١ - لو كان إماماً في الجمعة ، وتم العدد بغيره ، إن قلنا صلاتهم جماعة صحت ، وإلا فلا ، والأصح الصحة .
- ٢ - حصول فضيلة الجماعة ، والأصح تحصل .
- ٣ - لو سها الإمام أو سهواً ، ثم علموا حدثه قبل الفراغ ، وفارقوه ، إن قلنا صلاتهم جماعة سجدوا لسهو الإمام ، لا لسهوهم ، وإلا فبالعكس ، والأصح الأول .

المستثنى :

يرجح أنها انفراد في فروع ، منها : إذا أدركه المسبوق في الركوع ،
إن قلنا صلاة جماعة حسبت له الركعة ، وإلا فلا ، والصحيح عدم
الحسبان لعدم القراءة من المسبوق ، وعدم صحة قراءة الإمام المحدث .
(اللحجي : ص ٩٦) (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ٩٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨١ .

من أتى بما ينافي الفرض دون النفل بطل فرضه،
وهل تبقى صلاته نفلاً أم تبطل؟

التوضيح :

إذا أتى المكلف بفعل ينافي الفرض ، ولا ينافي النفل ، في أول
الفرض أو أثنائه ، بطل فرضه ، وهل تبقى صلاته نفلاً أو تبطل؟ فيه
قولان ، والترجيح مختلف في الفروع .

ورجح العلماء في هذه القاعدة أنها تنقلب نفلاً مطلقاً إذا كانت
غير كسوف بالكيفية الكاملة .

التطبيقات :

يرجح الأول وتكون نفلاً ، في فروع :

- ١ - إذا أحرم بفرض ، فأقيمت جماعة ، فسلم من ركعتين ليدركها ،
فالأصح صحتها نفلاً .
- ٢ - إذا أحرم بالفرض قبل وقته جاهلاً ، فالأصح الانعقاد نفلاً
(اللحجي : ص ٩٦) .
- ٤ - إذا أتى بتكبيرة الإحرام ، أو بعضها في الركوع جاهلاً ، فالأصح
الانعقاد نفلاً .

النذر، هل يسلك به مسلك الواجب أو الجائز؟

التوضيح :

إذا نذر إنسان نذراً فهل يطبقه ويسلك في تطبيقه مسلك الواجب في الشرع ، أم مسلك الجائز له؟ فيه قولان ، والترجيح مختلف في الفروع ، كذا قاله السيوطي .

والمرجح في هذه القاعدة أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع غالباً ، كما صححه النووي في «باب النذر» ، لكنه في باب «الرجعة» اختار أنه لا يطلق ترجيح أحد من القولين ، بل يختلف الراجح منهما بحسب المسائل .

التطبيقات :

يرجح أن النذر يسلك فيه مسلك واجب الشرع ، وذلك في فروع :

١ - نذر الصلاة ، والأصح فيه الأول ، أي أنه يسلك به مسلك واجب الشرع ، فيلزمه ركعتان ، ولا يجوز القعود مع القدرة على القيام ، ولا فعلهما على الراحلة ، ولا يجمع بينها وبين فرض أو نذر آخر

بتيمم .

- ٢ - نذر الصوم ، والأصح فيه الأول ، وهو الصوم الشرعي الواجب ، فيجب فيه التيمم .
- ٣ - نذر الخطبة في الاستسقاء ونحوه ، والأصح فيها الأول ، وتصبح الخطبة واجبة ، حتى يجب فيها القيام عند القدرة .
- ٤ - نذر أن يكسو يتيماً ، والأصح فيه الأول ، وتصبح الكسوة واجبة ، فلا يخرج عن نذره بتيمم ذمي .
- ٥ - نذر الحج ، والأصح فيه الأول ، ويصبح الحج واجباً ، فلو نذره معضوب لم يجز أن يستنيب صبيّاً أو عبداً .
- ٦ - نذر إتيان المسجد الحرام ، والأصح فيه الأول ، فيصبح الإتيان واجباً ، فلزم إتيانه بحج أو عمرة .

المستثنى :

يرجح الثاني ، وهو أن النذر يصبح جائزاً ، وليس واجباً ، وذلك في فروع :

- ١ - العتق إن نذره ، والأصح فيه الثاني ، ويكون النذر جائزاً ، فيجزئ عتق كافر ومعيب .
- ٢ - لو نذر أن يصلي ركعتين ، فصلّى أربعاً بتشهد أو بتشهدين ، والأصح فيه الثاني ، وهو الجواز فيجزئه .
- ٣ - نذر التشهد الأول ، وتركه ، والأصح فيه الثاني ، وهو عدم الوجوب ، فلا يعود إلى القعود ، لأن الواجب بالشرع مقدم على

الواجب بالشرط .

٤ - لو نذر صوم يوم معين ، والأصح فيه الثاني ، وهو عدم الوجوب ، فلا يثبت له خواص رمضان من الكفارة بالجماع فيه ، ووجوب الإمساك لو أفطر فيه ، وعدم قبول صوم آخر من قضاء أو كفارة ، بل لو صامه عن قضاء أو كفارة ، صح .

٥ - الطواف المنذور ، والأصح فيه الثاني ، وهو الجواز ، فتجب فيه النية ، كما تجب في النفل ، ولا تجب النية في الفرض لشمول نية الحج والعمرة له ، وهذا المعنى متف في النفل والنذر .

٦ - وخرج النذر عن النفل والفرض معاً في صورة ، وهي ما إذا نذر القراءة ، فإنه تجب نيتها ، كما نقله القمولي في «الجواهر» مع أن قراءة النفل لا نية لها ، وكذا القراءة المفروضة في الصلاة . قال الشارح : «قلت : ويلحق بها الصلاة على النبي ﷺ» (١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ٩٧ - ٩٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨١ - ١٨٣ ، الروضة للنووي ٢ / ٥٧١ ، ٥٧٢ ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، المنهاج ومغني المحتاج ٤ / ٣٥٤ وما بعدها ، ٣٦١ .

العين المستعارة للرهن، هل المقلب فيها جانب الضمان أو جانب العارية؟

الألفاظ الأخرى :

العين المستعارة للرهن هل المقلب فيها ضمان أو عارية؟

التوضيح :

يجوز إعارة العين لرهنها مقابل دين ، فلو قال له : أعرنى هذا لأرهنه ، هل المقلب فيها جانب الضمان في الرهن ، أو جانب العارية وضمن العارية؟ قولان .

قال في «شرح المذهب» : «والترجيح مختلف في الفروع» قاله السيوطي ثم قال : «وعبر كثير بقولهم : هل هو ضمان أو عارية؟» وقال الإمام : «العقد فيه شائبة من هذا ، وشائبة من هذا ، وليس القولان في تمحض كل منهما ، بل هما في أن المقلب منهما ما هو؟ فلذلك عبرت به في القواعد الآيات» انتهى كلام السيوطي (١) .

قال الشارح تبعاً للنووي وغيره : «والأظهر أنه ضمان دين في رقة ذلك الشيء بشرط ذكر جنس الدين وقدره وصفته» أي فيكون الاشتراط مبنياً على قول تغليب جانب الضمان ، وأما على قول جانب العارية فلا يشترط ، لأن ضمان العارية يختلف عن ضمان الرهن .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٦ - ١٨٧ .

التطبيقات :

- ١ - هل للمعير الرجوع بعد قبض المرتهن؟ إن قلنا عارية ، نعم ، وإن قلنا ضمان ، فلا ، وهو الأصح .
- ٢ - هل للمعير إجبار المستعير على فك الرهن؟ إن قلنا : له الرجوع ، فلا ، وإن قلنا : لا ، فله ذلك على القول بالعارية ، وكذا على القول بالضمان إن كان حالاً بخلاف المؤجل ، كمن ضمن ديناً مؤجلاً لا يطلب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمته .
- ٣ - إذا حل الدين ، وبيعت العين فيه ، فإن قلنا : عارية ، رجع المالك بقيمتها ، وإن قلنا : ضمان ، رجع بما بيعت به سواء كان أقل أو أكثر ، وهو الأصح .
- ٤ - لو جنى المرهون ، فبيع في الجناية ، فعلى قول الضمان : لا شيء على الراهن ، وعلى قول العارية ، يضمن^(١) .

المستثنى :

لو تلف المعار تحت يد المرتهن ، ضمنه الراهن على قول العارية ، ولا شيء على قول الضمان ، لا على الراهن ولا على المرتهن ، والأصح في هذا الفرع أن الراهن يضمنه ، كذا قال النووي : إنه المذهب ، فقد صحح هنا قول العارية ، قاله السيوطي^(٢) .

(١) إيضاح القواعد ص ٩٩ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٦ ، ١٨٧ ، وانظر : إيضاح القواعد الفقهية ، للبحر ص ٩٩ - ١٠٠ .

الحوالة: هل هي بيع أو استيفاء؟

التوضيح :

الحوالة من شخص لشخص على آخر لاستلام الدين ، هل هي بيع للدين ، أم أنها استيفاء للدين؟ فيه خلاف ، قال النووي في «شرح المذهب» : «والترجيح مختلف في الفروع»^(١) وقال ابن حجر في «التحفة» : «والأصح أنها بيع دين بدين جَوَزَ للحاجة ، لأن كلا ملك بها ما لم يملكه قبل ، فكأن المحيل باع المحتال ماله في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته ، أي الغالب عليها ذلك ، ومن خلاف الغالب قد تكون من باب الاستيفاء ، فتكون من المستثنيات»^(٢) .

التطبيقات :

- ١ - لو أحال على من لا دين عليه برضاه ، فالأصح بطلانها ، بناء على أنها بيع ، والثاني : يصح بناء على أنها استيفاء .
- ٢ - في اشتراط رضا المحال عليه إن كان عليه دين ، وجهان ، إن قلنا : بيع ، لم يشترط ، لأنه حق المحيل ، فلا يحتاج فيه إلى رضا الغير ، وإن قلنا : استيفاء ، اشترط لتعذر إقراضه من غير رضاه ، والأصح عدم الاشتراط .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٧ .

(٢) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١٠٠ .

٣ - لو أحال أحد المتعاقدين الآخر في عقد الربا ، وقبض في المجلس ، فإن قلنا : استيفاء جاز ، وإن قلنا : بيع ، فلا يجوز ، والأصح المنع ، كما نقله السبكي في «تكملة شرح المذهب» عن النص والأصحاب .

المستثنى :

- ١ - ثبوت الخيار في الحوالة ، والأصح لا يثبت بناء على أنها استيفاء ، وقيل : نعم ، بناء على أنها بيع .
- ٢ - الثمن في مدة الخيار في جواز الحوالة به وعليه وجهان ، إن قلنا : استيفاء ، جاز ، وإن قلنا : بيع ، فلا كالتصرف في المبيع في زمن الخيار ، والأصح الجواز .
- ٣ - لو خرج المحال عليه مفلساً ، وقد شرط يساره ، فالأصح لا رجوع له بناء على أنها استيفاء ، والثاني : نعم ، بناء على أنها بيع^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٧ - ١٨٩ ، إيضاح القواعد ص ١٠٠ .

الإبراء هل هو إسقاط أو تملك؟

التوضيح :

إبراء الدائن للمدين هل يُعدُّ إسقاطاً للمدين ، أم أنه تملك ، ويشترط فيه شروط التملك؟ قولان ، ومثل الإبراء : الترك والتحليل كما في «التحفة» واعتمد في «التحفة» أن الإبراء تملك للمدين ، أي الغالب جانب التملك ، فما غلب فيه جانب الإسقاط من المسائل يعد من المستثنيات .

التطبيقات :

- ١ - الإبراء مما يجهله المبرئ ، والأصح فيه التملك ، فلا يصح .
- ٢ - إبراء المبهم ، كقوله لمدينيه : أبرأت أحدهما ، والأصح فيه التملك ، فلا يصح ، كما لو كان له في يد كل واحد عين ، فقال : ملكت أحدهما العين التي في يده ، لا يصح .
- ٣ - تعليق الإبراء ، والأصح فيه التملك ، فلا يصح .

المستثنى :

- ١ - اشتراط القبول في الإبراء ، والأصح فيه الإسقاط ، فلا يشترط .

- ٢ - ارتداد الإبراء بالرد ، والأصح فيه الإسقاط ، فلا يصح .
- ٣ - لو عرف المبرئ قدر الدين ، ولم يعرفه المبرأ ، والأصح فيه الإسقاط ، كما في «أصل الروضة» في الوكالة ، فيصح^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية . اللحجي ص ١٠١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٩ .

الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟

التوضيح :

تتم الإقالة من العقد السابق الصحيح لإنهائه ، وهل تعتبر الإقالة فسخاً أو بيعاً؟ قولان ، والترجيح مختلف في الفروع ، ففي بعضها كعدم ثبوت الخيار فيها ما يقتضي أنها فسخ ، وفي بعضها كاعتبار المقوم التالف بأقل قيمة من العقد إلى القبض ، كما قاله الشيخان الرافعي والنووي ما يقتضي أنها بيع ، لكن قال في «شرح العباب» : «إنه ليس مبنياً على الضعيف ، إنها بيع ، بل هي فسخ ، لكنها تشبه البيع من بعض الوجوه ، فغلبوا شبه الفسخ تارة ، وهو الأكثر ، وشبه البيع أخرى ، وهو الأقل ، كما هنا» وما ذكره من أن الأكثر كونها فسخاً هو المعتمد ، كما في «الإرشاد» وغيره ، كما قاله الشارح^(١) .

التطبيقات :

- ١ - إن الإقالة تجوز قبل القبض ، إن قلنا فسخ ، وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع فلا (للحجي : ص ١٠١) .
- ٢ - إذا تقايلا في عقود الربا يجب التقابض في المجلس ، بناء على أنها بيع ، ولا يجب التقابض على أنها فسخ ، وهو الأصح .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ١٠١ .

- ٣ - لو تقايلا بعد تلف المبيع جاز ، إن قلنا : فسخ وهو الأصح ، ويرد مثل المبيع أو قيمته ، وإن قلنا : بيع فلا يجوز .
- ٤ - لا يتجدد حق الشفعة في الأصح ، بناء على أنها فسخ ، والثاني : نعم ، يتجدد بناء على أنها بيع .
- ٥ - لو اشترى عبدين ، فتلف أحدهما ، جازت الإقالة في الباقي ، ويستتبع التالف على قول الفسخ ، وهو الأصح ، وعلى مقابله لا .
- ٦ - إذا تقايلا ، واستمر في يد المشتري نفذ تصرف البائع فيه على قول الفسخ ، وهو الأصح ، ولا ينفذ على قول البيع .
- ٧ - لو استعمله بعد الإقالة ، فإن قلنا : فسخ ، فعليه الأجرة ، وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع ، فلا .

المستثنى :

هو القول الثاني المرجوح في الفروع السابقة ، وتكون الإقالة بيعاً^(١) .

فرع : حكم الإقالة والوعد :

يسن إقالة النادم على العقد ، لقوله ﷺ : «من أقال مسلماً (نادماً) أقال الله عشرته يوم القيامة»^(٢) ، وخاصته إذا وعده بذلك ، فلا يخلف وعده ، حذراً من قوله ﷺ «آية المنافق ثلاث : إذا حَدَّثَ كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أُوْثِمَ خان»^(٣) ، ولا يجب الوفاء

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٠ ، إيضاح القواعد ص ١٠١ - ١٠٢ .

(٢) هذا الحديث رواه الإمام أحمد (٢٥٢/٢) وأبو داود (٢٧٢/٣) كتاب البيوع ٥٢ طبع الدار المصرية اللبنانية) وابن ماجه (٧٤١/٢) وابن حبان (فيض القدير ٧٩/٦) .

(٣) هذا الحديث رواه البخاري (صحيح البخاري مع حاشية السندي ١٠/١) ومسلم (مختصر مسلم ١٥/١) والنسائي (١٠٢/٨) وأحمد (١٨٩/٢ ، ١٩٨ ، ٨٩/٦ ، ٢٤٤) .

بالوعد ، لقوله ﷺ «إذا وعد الرجل أخاه ، ومن نيته أن يفي له ، فلم يف فلا إثم عليه» (١) .

والحاصل : أنا ، وإن اطلعنا على أنه عازم على عدم الوفاء ، كأن أقر مثلاً ، وحكمنا بإثمه ، ونزلناه منزلة المنافقين ، لا يجبر على الإقالة ، ولم يروَ عن أحد من السلف وجوب الوفاء بالوعد ، إلا ما نقل عن عمر ابن عبد العزيز ، وأصبغ المالكي ، قال البخاري : «وقضى ابن الأشوع بالوعد ، وفعله الحسن البصري ، ونقل عن مالك أنه يجب منه ما كان بسبب ، أي : فمن قال لآخر : تزوج ، ولك كذا ، فتزوج لذلك ، وجب الوفاء به» .

قال الحافظ ابن حجر : «قرأت بخط والدي رحمه الله تعالى في «إشكالات على الأذكار للنووي» : لم يذكر جواباً عن الآية والحديث ، يعني بالآية قوله تعالى : ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ الصف/٣ ، والحديث «آية المنافق ثلاث» والدلالة للوجوب منهما قوية ، فكيف حملوه على كراهة التنزيه مع الوعيد الشديد؟ وينظر هل يمكن أن يقال : يحرم الإخلاف ، ولا يجب الوفاء ، أي يَأْثَمُ بالإخلاف ، وإن كان لا يلزمه وفاء ذلك» .

فالحاصل : أن الله تعالى أمر بإنجاز الوعد ، وحمله الجمهور على النذب ، قال المهلب : «إنجاز الوعد مأمور به ، مندوب إليه عند الجميع ، وليس بفرض لاتفاقهم على أن الموعد لا يضارب بما وعد به مع الغرماء» والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (٢) .

(١) سنن أبي داود (٢٩٩/٤) كتاب الأدب ٨٢ رقم ٤٩٩٥ ضبط محمد محيي الدين عبد الحميد) جامع الترمذي مع تحفة الأحوزي (٣٢٣/٧ رقم ٢٧٧٠) فيض القدير (٤٥٣/١) .

(٢) إيضاح القواعد ، للحنفي ص ١٠٢ - ١٠٤ .

هل الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟

التوضيح :

إذا عين الزوج صداقاً معيناً للزوجة ، وبقي في يده ، فهل يكون مضموناً ضمان عقد أو ضمان يد؟ قولان ، والترجيح مختلف في الفروع ، والأصح كما في «المنهاج» وغيره : أنه مضمون ضمان عقد ، وضمان العقد : هو ما يضمن بالمقابل ، وهو هنا مهر المثل ، وضمان اليد : هو ما يضمن ببذله ، وهو مثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً .

التطبيقات :

- ١ - الأصح لا يصح بيعه قبل قبضه ، بناء على ضمان العقد ، والثاني : يصح بناء على ضمان اليد .
- ٢ - الأصح انفساخ الصداق إذا تلف أو أتلفه الزوج قبل قبضه والرجوع إلى مهر المثل ، بناء على ضمان العقد ، والثاني : لا ، ويلزمه مثله أو قيمته بناء على ضمان اليد .
- ٣ - المنافع الفائتة في يده لا يضمنها على الأصح ، بناء على ضمان العقد ، ويضمنها بناء على ضمان اليد .

المستثنى :

١ - لو أصدقها نصاب سائمة ، وقصدت السوم ، ولها حول من الإصداق ، ولم تقبضه ، وجبت عليها الزكاة في الأصح ، بناء على ضمان اليد كالمغصوب ونحوه ، وفي وجه لا تجب بناء على ضمان العقد كالمبيع قبل القبض ، فقد صحح هنا قول ضمان اليد (اللحجي : ص ١٠٥) .

٢ - لو كان ديناً جاز الاعتياض عنه على الأصح ، بناء على ضمان اليد ، وعلى ضمان العقد لا يجوز ، كالمسلم فيه ، فهذه صورة أخرى صحح فيها قول ضمان اليد^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١٠٤ - ١٠٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩١ .

الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟

الألفاظ الأخرى :

الرجعة : هل هي ابتداء نكاح أو استدامته؟

التوضيح :

الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟ قولان ، قال الرافعي : التحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما لاختلاف الترجيح في الفروع^(١) ، قال الشارح : «لكن المعتمد أن المذهب فيه جانب القطع»^(٢) ، وفي القاعدة قول ثالث ، وهو الوقف ، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة تبينا انقطاع النكاح بالطلاق ، وإن رجع تبينا أنه لم ينقطع .

التطبيقات :

- ١ - لو وطئها في العدة وراجع ، فالأصح وجوب المهر بناء على أنه ينقطع .
- ٢ - لو مات عن رجعية فالأصح أنها لا تغسله ، والثاني تغسله كالزوجة .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٢ .

(٢) إيضاح القواعد ص ١٠٥ .

٣ - يجزم بالأول في تحريم الوطء والاستمتاعات كلها والنظر والخلوة ووجوب استبرائها لو كانت رقيقة واشتراها .

المستثنى :

- ١ - لو خالعتها ، فالأصح الصحة بناء على أنها زوجته .
- ٢ - لو قال : نسائي طوالق ، أو زوجاتي طوالق ، فالأصح دخول الرجعية فيهن ، لأن الرجعية كالزوجة في خمسة أحكام ، وهي : التوارث ، وصحة الطلاق ، والظهار ، والإيلاء ، واللعان ، قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى : «الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى أي الآيات التي تشملها وغيرها ، وهي قوله تعالى : ﴿إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾ الطلاق / ١ ، وقوله تعالى : ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾ البقرة / ٢٢٦ ، وقوله تعالى : ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ النساء / ١٣ ، وقوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ النور / ٤ ، وقوله تعالى : ﴿الذين يظاهرون من نسائهم﴾ المجادلة / ٢ ، فالنساء والزوجات يشمل الرجعيات ، لا البوائن ، وليس المراد أنها نص فيها ، بل ظاهر» .
- ٣ - جزم بالثاني في ثبوت الإرث إذا مات الزوج في العدة ، وفي لحوق الطلاق ، وصحة الظهار ، والإيلاء ، واللعان ، ووجوب النفقة .

تنبيه:

يعبر عن القاعدة بعبارة أخرى ، فيقال : الرجعة : هل هي ابتداء نكاح أو استدامته؟ قال في «التحفة» : «الأصح أنها استدامة» .

وصحح ابتداء النكاح فيما إذا طلق المولي في المدة ثم راجع ،
فإنها تستأنف ولا تبني .

وصحح الاستدامة في أن العبد يراجع بغير إذن سيده ، وأنه لا
يشترط فيها الإشهاد ، وأنها تصح في الإحرام^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهي ، اللحجي ص ١٠٥ - ١٠٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي
ص ١٩٢ .

الظهار: هل المذهب فيه مشابهة الطلاق أو مشابهة اليمين؟

التوضيح :

الظهار : هو أن يقول الرجل لزوجته : أنت عليّ كظهر أمي ، فتحرم عليه كالطلاق أحياناً ، وتجب عليه الكفارة للعودة عن قوله أحياناً ، فهل المذهب فيه مشابهة الطلاق أو مشابهة اليمين؟ فيه خلاف في الفروع ، والأصح الأول ، كما في «التحفة» أي أن المذهب فيه مشابهة الطلاق^(١) .

التطبيقات :

١ - إذا ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، فقال : أنتن عليّ كظهر أمي ، فإذا أمسكهن لزمه أربع كفارات على الجديد ، تغليباً لشبه الطلاق ، فإنه لا يفرق فيه بين أن يطلقهن بكلمة أو كلمات ، والقديم : تجب كفارة واحدة تشبيهاً باليمين ، كما لو حلف لا يكلم جماعة ، لا يلزمه إلا كفارة واحدة .

٢ - هل يصح الظهار بالخط؟ الأصح نعم كما يصح به الطلاق ، صرح به الماوردي ، وأفهمه كلام الأصحاب ، حيث قالوا : «كل ما استقل به الشخص فالخلاف فيه كوقوع الطلاق بالخط ، وجزم القاضي حسين بعدم الصحة في الظهار كاليمين فإنها لا تصح إلا باللفظ» .

(١) إيضاح القواعد ص ١٠٦ .

٣ - إذا كرر لفظ الظهر في امرأة واحدة على الاتصال ، ونوى الاستئناف فالجديد يلزمه بكل كفارة ، كالطلاق ، والثاني : يلزمه كفارة واحدة كاليمين .

٤ - لو كرر لفظ الظهر في امرأة واحدة ، وتفاصلت ، وقال : أردت التأكيد ، هل يقبل منه؟ الأصح أنه لا يقبل تشبيهاً بالطلاق ، والثاني : نعم كاليمين .

المستثنى :

ومن خلاف الغالب يعتبر فيه شبه اليمين في مسائل ، منها :
١ - لو ظاهر مؤقتاً ، فالأصح الصحة مؤقتاً كاليمين ، والثاني : لا ، كالطلاق .

٢ - التوكيل في الظهر ، والأصح المنع كاليمين ، والثاني : الجواز كالطلاق .

٣ - لو ظاهر من إحدى زوجتيه ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها ، ونوى الظهر ، فقولان أحدهما : يعتبر مظاهراً من الثانية أيضاً ، كما لو طلقها ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها ، ونوى الطلاق ، والثاني لا يعتبر مظاهراً من الثانية كاليمين ، وهو الراجح^(٢) .

(٢) إيضاح القواعد الفقهية ص ١٠٦ - ١٠٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٢ .

فرض الكفاية هل يتعين بالشروع؟

الألفاظ الأخرى :

فرض الكفاية هل يلزم بالشروع؟

التوضيح :

فرض الكفاية هو ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً من مجموع المكلفين ، وإذا فعله البعض سقط الإثم عن الباقيين ، وإذا تركه الجميع أثموا جميعاً ، فإذا شرع فيه إنسان فهل يتعين عليه بالشروع؟ أي يصير فرض عين ، أي مثله في حرمة القطع ، ووجوب الإتمام أو لا يتعين؟

فيه خلاف ، رجح في «المطلب» الأول ، ورجح العلامة هبة الله ابن عبد الرحيم البارزي في «التمييز» الثاني ، قال في «الخادم» : «ولم يرجح الرافعي والنووي شيئاً ، لأنها عندهما من القواعد التي لا يطلق فيها الترجيح ، لاختلاف الترجيح في فروعها» .

التطبيقات :

١ - صلاة الجنازة : الأصح تعيينها بالشروع ، لما في الإعراض عنها من هتك حرمة الميت (اللاحجي : ص ١٠٧) .

٢ - الجهاد ، ولا خلاف أنه يتعين بالشروع ، نعم ، جرى خلاف في

صورة منه ، وهي ما إذا بلغه رجوع من يتوقف غزوه على إذنه ،
والأصح أنه تجب المصابرة ، ولا يجوز الرجوع (الزركشي
٢/٢٤٣) .

٣ - إذا شرع في انقاذ غريق ، ثم حضر آخر لإنقاذه ، جاز قطعه قطعاً
(الزركشي ٢/٢٤٤) .

المستثنى :

العلم : فمن اشتغل به ، وحصل منه طرفاً ، وأنس منه الأهلية ، هل
يجوز له تركه ، أو يجب عليه الاستمرار؟ وجهان ، الأصح الأول ، ويجوز
تركه ، ووجهه بأن كل مسألة مستقلة برأسها ، منقطعة عن غيرها^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١٠٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٣ ،
المشور للزركشي ٢/٢٤٢ ، ٢٤٤ ، ٣/٣٩ .

فرض الكفاية هل يعطى حكم فرض العين أو حكم النفل؟

التوضيح :

هذه القاعدة أعم من قاعدة «فرض الكفاية هل يتعين بالشروع؟» وفي إعطائه حكم فرض العين أو حكم النفل خلاف ، والترجيح مختلف ، قال الشارح كغيره : «المعتمد ما في «التحفة» من أنه يحرم قطع فرض الكفاية الذي هو جهاد ، أو نسك ، أو صلاة جنازة ، كفرض العين ، وجزم جمع بتحريمه مطلقاً إلا الاشتغال بالعلم ، لأن كل مسألة مستقلة بنفسها ، وصلاة الجماعة لأنها وقعت صفة تابعة ، وهذا رأي ضعيف ، وإن أطال التابع السبكي في الانتصار له ، وإلا لزم حرمة قطع الحرف والصنائع ، ولا قائل به» .

واختلف العلماء في تفضيل فرض الكفاية على فرض العين ، أو عكسه ، وفيه تفصيل في ذلك^(١) .

التطبيقات :

- ١ - الجمع بينه وبين فرض آخر بتميم ، فيه وجهان ، والأصح الجواز .
- ٢ - صلاة الجنازة قاعداً مع القدرة على القيام ، وعلى الراحلة ، فيه خلاف ، والأصح المنع ، وفرق بين المسألتين ، بأن القيام معظم

(١) انظر : المتشور للزركشي ص ٤٠ ، قواعد الأحكام للجز ١/٤٣ وما بعدها .

أركانها فلم يجر تركه مع القدرة ، بخلاف الجمع بينها وبين غيرها بالتيمم .

٣ - هل يجبر عليه تاركه حيث لم يتعين؟ فيه صور مختلفة ، فالأصح إجباره في صورة الولي والشاهد إذا دعي للأداء مع وجود غيره ، والأصح عدم الإجبار فيما إذا دعي للتحمل ، وفيما إذا امتنع عن الخروج معها للتغريب ، وفيما إذا طلب للقضاء فامتنع^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١٠٨ ، المنشور للزركشي ٢/ ٢٤٢ ، ٣/ ٣٩ ،
الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٤ .

**الزائل العائد، هل هو كالذي لم يزل،
أو كالذي لم يعد؟**

التوضيح :

إذا زال الشيء بطل حكمه ، فإن عاد الزائل ، فهل يعتبر كالذي لم يزل ويستمر حكمه السابق ، أو يعتبر كالذي لم يعد ، لأن الساقط لا يعود؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع .

التطبيقات :

أولاً : رجح الأول في فروع منها :

١ - إذا طلق قبل الدخول ، وقد زال ملكها عن الصداق وعاد ، تعلق حقه بالعين في الأصح .

٢ - إذا طلقت رجعيّاً ، عاد حقها في الحضانة .

٣ - إذا تخمر المرهون بعد القبض ثم عاد خلاً ، يعود رهنا في الأصح .

٤ - إذا باع ما اشتراه ، ثم علم به عيباً ، ثم عاد إليه بغير رد ، فله رده في الأصح .

٥ - إذا خرج المعجل له الزكاة في أثناء الحول عن الاستحقاق ، ثم عاد ، تجزي في الأصح .

- ٦ - إذا فاتته صلاة السفر ، ثم أقام ، ثم سافر ، يقصرها في الأصح .
- ٧ - إذا زال ضوء الإنسان أو كلامه أو سمعه أو ذوقه أو شمه ، أو أفضاها ، ثم عاد ، يسقط القصاص والضمان في الأصح^(١) .
- ثانياً : رجع الثاني ، وكأن الزائل العائد ، لم يعد ، في فروع ، منها :
- ١ - لو زال الموهوب عن ملك الفرع ، ثم عاد ، فلا رجوع للأصل في الأصح .
- ٢ - لو زال ملك المشتري ، ثم عاد وهو مفلس ، فلا رجوع للبائع في الأصح .
- ٣ - لو أعرض عن جلد ميتة أو خمر ، فتحول بيد غيره ، فلا يعود الملك في الأصح .
- ٤ - لو رهن شاة فماتت ، فدبغ الجلد ، لم يعد رهناً في الأصح .
- ٥ - لو جُن قاض ، أو خرج عن الأهلية ، ثم عاد ، لم تعد ولايته في الأصح .
- ٦ - لو قلع سن مشغور^(٢) ، أو قطع لسانه ، أو إلبته ، فنبت ، أو أوضحه أو أجافه فالتأمت لم يسقط القصاص والضمان في الأصح .
- ٧ - لو عادت الصفة المحلوف عليها ، لم تعد اليمين في الأصح .
- ٨ - لو هزلت المغصوبة عند الغاصب ، ثم سمت ، لم يجبر ، ولم يسقط الضمان في الأصح .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٤ .

(٢) المشغور من أثغر الغلام : نبتت أسنانه (المعجم الوسيط ، مادة ثَغَر) .

٩ - إذا قلنا للمقرض الرجوع في عين القرض ما دام باقياً بحاله ، فلو زال وعاد ، فهل يرجع في عينه؟ وجهان في «الحاوي» قال السيوطي : «قلت ينبغي أن يكون الأصح لا يرجع»^(١) .

ثالثاً : جزم بالأول بأن الزائد العائد كالذي لم يزل قولاً واحداً في صور ، منها :

١ - إذا اشترى معيباً وباعه ، ثم علم العيب ، ورد عليه به ، فله رده قطعاً .

٢ - إذا فسق الناظر ، ثم صار عدلاً ، وولايته بشرط الواقف منصوص عليها ، عادت ولايته بغير إعادة ، أفتى به النووي ، ووافقه ابن الرفعة ، والنظر في مدة فسقه قال ابن الرفعة : «لمن بعده» وقال بعضهم : «للحاكم»^(٢) .

رابعاً : جزم بالثاني بأن الزائل العائد كالذي لم يعد قولاً واحداً ، في صور ، منها :

١ - إذا تغير الماء الكثير بنجاسة ، ثم زال التغير عاد طهوراً ، فلو عاد التغير بعد زواله ، والنجاسة غير جامدة لم يعد التنجيس قطعاً ، قاله النووي في «شرح المذهب» (اللاحقي : ص ١٠٩) .

٢ - لو زال الملك عن العبد قبل هلال شوال ، ثم ملكه بعد الغروب لا تجب عليه فطرته قطعاً .

٣ - لو سمع بينته ، ثم عزل قبل الحكم ، ثم عادت ولايته ، فلا بد من إعادتها قطعاً .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٥ ، إيضاح القواعد ص ١٠٩ .

٤ - لو قال : إن دخلت دار فلان ، ما دام فيها ، فأنت طالق ، فتحول ، ثم عاد إليها ، لا يقع الطلاق قطعاً ، لأن إدامة المقام التي انعقدت عليها اليمين قد انقطعت ، وهذا عود جديد وإدامته إقامة مستأنفة ، نقله الرافعي .

٤ - لو وقف على امرأته ما دامت عزباً ، فتزوجت ، ثم عادت عزباً ، فاختلف فيها ، والأكثر على أنه لا يعود لها الاستحقاق لانقطاع الديمومة^(١) .

قال الزركشي : «الضابط : ما كان المعلق فيه شرعياً ، إذا عاد ، فهو كالذي لم يزل ، كالمفلس إذا حجر عليه قبل إقباض الثمن ، وكان قد خرج عن ملكه ثم عاد ، وإن كان وضعياً فكالذي لم يعد ، كما لو علق طلاقها على الدخول ، ثم أبانها ، ثم تزوجها ، فعادت ، لا يقع في الأصح»^(٢) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ١٠٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٤ ،

المنثور للزركشي ١٧٨/٢ .

(٢) المنثور ، للزركشي ١٨٢/٢ .

هل العبرة بالحال أو بالمآل؟

الألفاظ الأخرى :

الطارئ هل ينزل منزلة المقارن؟
المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟
المتوقع هل يجعل كالواقع؟

التوضيح :

إذا علق شخص تصرفه على زمن ، فهل يسري حكمه من الحال ،
أو من المآل ، أي المستقبل؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع ،
ويعبر عن هذه القاعدة بالألفاظ السابقة الأخرى .

التطبيقات :

- ١ - إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف غداً ، فأتلفه قبل الغد ، فهل يحنث
في الحال ، أو حتى يجيء الغد؟ وجهان ، أصحهما الثاني .
- ٢ - لو كان القميص بحيث تظهر منه العورة عند الركوع ، ولا تظهر
عند القيام ، فهل تنعقد صلاته؟ ثم إذا ركع تبطل ، أو لا تنعقد ،
أصلاً؟ وجهان ، أصحهما الأول .
- ٣ - لو لم يبق من مدة الخف ما يسع الصلاة ، فأحرم بها ، فهل
تنعقد؟ فيها وجهان ، الأصح نعم ، نظير الأول .

وفائدة الصحة في المسألتين صحة الاقتداء به ، ثم مفارقتها ، وفي المسألة الأولى صحتها إذا ألقى على عاتقه ثوباً قبل الركوع ، قال صاحب «المعين» : «وينبغي القطع بالصحة فيما إذا صلى على جنازة ، إذ لا ركوع فيها» .

٤ - من عليه عشرة أيام من رمضان ، فلم يقضها حتى بقي من شعبان خمسة أيام ، فهل يجب فدية ما لا يسعه الوقت في الحال ، أو لا يجب حتى يدخل رمضان؟ فيه وجهان ، أصحهما لا يلزم إلا بعد مجيء رمضان .

٥ - لو أسلم فيما يعم وجوده عند المحل ، فانقطع قبل الحلول ، فهل يتنجز حكم الانقطاع ، وهو ثبوت الخيار في الحال ، أو يتأخر إلى المحل؟ وجهان ، أصحهما : الثاني .

٦ - لو نوى في الركعة الأولى الخروج من الصلاة في الركعة الثانية ، أو علق الخروج بشيء يحتمل حصوله في الصلاة ، فهل تبطل في الحال ، أو حتى توجد الصفة؟ وجهان ، أصحهما : الأول .

٧ - هل العبرة في مكافأة القصاص بحال الجرح أو الزهوق؟ الأصح : الأول .

٨ - هل العبرة في الإقرار للوارث بكونه وارثاً حال الإقرار أو الموت؟ وجهان ، أصحهما : الثاني .

٩ - هل العبرة في الكفارة المرتبة بحال الوجوب أو الأداء؟ قولان ، أصحهما : الثاني .

١٠ - لو حدث في المغصوب نقص يسري إلى التلف ، بأن جعل

الحنطة هريسة ، فهل هي كالتالف أو لا؟ بل يرده مع أرش
النقص؟ قولان ، أصحهما : الأول .

المستثنى :

١ - جزم باعتبار الحال في مسائل ، منها :

إذا وهب للطفل من يعتق عليه ، وهو معسر ، وجب على الولي
قبوله ، لأنه لا يلزمه نفقته في الحال ، فكان قبول هذه الهبة
تحصيل خير ، وهو العتق بلا ضرر ، ولا ينظر ما لعله يتوقع من
حصول يسار للصبي ، أو إعسار لهذا القريب ، لأنه غير متحقق أنه
آيل .

٢ - جزم باعتبار المآل في مسائل ، منها : بيع الجحش الصغير جائز ،
وإن لم ينتفع به حالاً لتوقع النفع به مآلاً ، ومنها : جواز التيمم لمن
معه ماء يحتاج إلى شربه في المآل ، لا في الحال^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ١١٠ - ١١١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي
ص ١٩٦ ، المنشور ، للزركشي ١/ ٢٤٨ ، ٢/ ٣٤٧ ، ٣/ ١٦١ ، ١٦٦ ، ١٦٨ .

تنزيل الاكتساب منزلة المال الحاضر

التوضيح :

إن ما يكتسبه الشخص أمر متجدد في الحاضر والمستقبل ، ومع ذلك ينزل الاكتساب منزلة المال الحاضر ، وهذه القاعدة ملحقة بقاعدة : هل العبرة بالحال أو بالمآل؟ وفيها تفصيل .

التطبيقات :

- ١ - في الفقر والمسكنة : قطعوا بأن القادر على الكسب كواجد المال (اللحجي : ص ١١١) .
- ٢ - سهم الغارمين ، هل ينزل الاكتساب فيه منزلة المال؟ فيه وجهان ، الأشبه لا .
- ٣ - المكاتب إذا كان كسوباً ، هل يعطى من الزكاة؟ فيه وجهان ، الأصح : نعم كالغارم .
- ٤ - إذا حجر عليه بالفلس ، أنفق على من تلزمه نفقته من ماله إلى أن يقسم ، إلا أن يكون كسوباً .
- ٥ - من له أصل وفرع ، ولا مال له ، هل يلزمه الاكتساب للإنفاق عليهما؟ وجهان ، أحدهما : لا ، كما لا يجب الاكتساب لوفاء

الدين ، والأصح : نعم ، لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب ، فكذا
إحياء بعضه .

٦ - المنفق عليه من أصل وفرع ، لو كان قادراً على الاكتساب ، فهل
يكلف به ، أو لا تجب نفقته؟ أقوال : أصحها لا يكلف الأصل
لعظم حرمة الأبوة ، فتجب نفقته بخلاف الفرع^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١١١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٨ .

ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟

الألفاظ الأخرى :

ما قارب الشيء أعطي حكمه .

التوضيح :

كل أمر في الوجود له حكم شرعي ، وقد يختلف الحكم حسب الأزمان والأماكن ، فهل يعطى الشيء المقارب حكم ما قاربه .
هذه القاعدة أعم من قاعدة «هل العبرة بالحال أو بالمآل؟» .

التطبيقات :

- ١ - الديون المساوية لمال المفلس ، هل توجب الحجر عليه؟ وجهان ،
الأصح لا ، وفي المقاربة للمساواة الوجهان ، وأولى بالمنع .
- ٢ - الدم الذي تراه الحامل حال الطلق ليس بنفاس على الصحيح .
- ٣ - لا يملك المكاتب ما في يده على الأصح ، ووجه مقابله أنه قارب العتق .
- ٤ - قال الشارح : «ومن فروعها تحريم مباشرة الحائض قريباً من
الفرج ، ومسائل الحريم فيما يظهر ، لأنها من هذا القبيل»^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ١١١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٠ ،
المنثور للزركشي ١٤٤/٣ .

إذا بطل الخصوص فهل يبقى العموم؟

التوضيح :

إذا كان الفعل مقصوداً به أمر خاص ، ففقد ركناً من أركانه ، أو شرطاً من شروطه ، فهل يبقى صحيحاً في أمر عام ، أم يبطل؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع .

التطبيقات :

- ١ - إذا تحرم بالظهر مثلاً ، فبان عدم دخول وقته ، بطل خصوص كونه ظهراً ، ويبقى نفلاً في الأصح .
- ٢ - لو نوى بوضوئه الطواف ، وهو بغير مكة ، فالأصح الصحة إلغاء للصفة .
- ٣ - لو أحرم بالحج في غير أشهره ، بطل ، وبقي أصل الإحرام فينعقد عمرة في الأصح .
- ٤ - لو علق الوكالة بشرط فسدت ، وجاز للوكيل التصرف لعموم الإذن في الأصح .
- ٥ - لو تيمم لفرض قبل وقته ، فالأصح البطلان وعدم استباحة النفل به .

٦ لو وجد القاعد خفة في أثناء الصلاة فلم يقم ، بطلت ، ولا يتم نفلاً في الأظهر .

المستثنى :

١ - جزم ببقائه في صور :

أ - إذا أعتق معيباً عن كفارة بطل كونه كفارة ، وعتق جزماً .

ب - لو أخرج زكاة ماله الغائب فبان تالفاً وقعت تطوعاً قطعاً .

٢ - جزم بعدمه في صور :

أ - لو وكله ببيع فاسد ، فليس له البيع قطعاً ، لا صحيحاً ، لأنه لم يأذن فيه ، ولا فاسداً ، لعدم إذن الشرع فيه .

ب - لو أحرم بصلاة الكسوف ، ثم تبين الإنجلاء قبل تحريمه بها ، لم تنعقد نفلاً قطعاً ، لعدم نفل على هيئتها حتى يندرج في نيته^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١١٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٠ ، المشور ١ / ١١١ .

الحمل هل يعطى حكم المعلوم أو المجهول؟

التوضيح :

الحمل في بطن أمه له أحكام خاصة ، ويعتبر معلوماً من جهة وجزءاً مستقلاً ، ويعتبر مجهولاً وجزءاً من أمه من جهة ، ولذلك اختلف في إعطائه حكم المعلوم أو المجهول على قولين ، ففيه خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع .

التطبيقات :

- ١ - بيع الحامل إلا حملها ، فيه قولان ، أظهرهما لا يصح ، بناء على أنه مجهول ، واستثناء المجهول من المعلوم يصير الكل مجهولاً .
- ٢ - بيع الحامل بحر ، وفيه وجهان ، أصحهما البطلان ، لأنه مستثنى شرعاً ، وهو مجهول .
- ٣ - لو قال : بعثك الجارية ، أو الدابة ، وحملها ، أو بحملها ، أو مع حملها ، وفيه وجهان ، الأصح أيضاً البطلان لما تقدم .
- ٤ - لو باع الدابة بشرط أنها حامل ، ففيه قولان ، أحدهما : البطلان ، لأنه شرط معها شيئاً مجهولاً ، وأصحهما الصحة بناء على أنه معلوم ، لأن الشارع أوجب الحوامل في الدية .

٥ - الإجارة للحمل ، والأظهر ، كما قال العراقي ، الجواز ، بناء على أنه معلوم .

المستثنى :

١ - جزم بإعطاء الحمل حكم المجهول فيما إذا بيع وحده ، فلا يصح قطعا .

٢ - جزم بإعطائه حكم المعلوم في الوصية له ، أو الوقف عليه ، فيصحان قطعاً^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١١٢ - ١١٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠١ ، المنشور للزركشي ٧٧/٢ .

النادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه؟

الألفاظ الأخرى :

النادر هل يلحق بالغالب؟

النادر هل يعتبر بنفسه أم يلحق بجنسه؟

التوضيح :

إذا كان الشيء نادراً ، فهل يلحق في الحكم بأحكام جنسه ، أو يكون له حكم مستقل؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع .

التطبيقات :

- ١ - مس الذكر المبان ، فيه وجهان ، أحدهما أنه ينقض ، لأنه يسمى ذكراً .
- ٢ - لمس العضو المبان من المرأة ، فيه وجهان ، أحدهما عدم النقض ، لأنه لا يسمى امرأة ، والنقض منوط بلمس المرأة .
- ٣ - النظر إلى العضو المبان من الأجنبية ، وفيه وجهان ، أحدهما التحريم ، ووجه مقابله ندور كونه محل الفتنة ، والخلاف جار في قلامة الظفر .
- ٤ - لو حلف لا يأكل اللحم ، فأكل الميتة ، ففيه وجهان ، أحدهما عدم النووي عدم الحنث ، ويجريان فيما لو أكل ما لا يؤكل كذئب وحمار .
- ٥ - الأكساب النادرة كالوصية واللقطة والهبة ، هل تدخل في المهايأة في العبد المشترك؟ وجهان ، الأصح نعم .

- ٦ - جماع الميتة يوجب عليه الغسل والكفارة عن إفساد الصوم والحج ، ولا يوجب الحد ولا إعادة غسلها على الأصح فيهما ، ولا المهر .
- ٧ - يجزئ الحجر في المذي والودي على الأصح .
- ٨ - يبقى الخيار للمتبايعين إذا داما أياماً على الأصح .
- ٩ - جريان الربا في الفلوس إذا راجت رواج النقود ، وجهان ، أصحهما : لا .
- ١٠ - ما يتسارع إليه الفساد في شرط الخيار ، فيه وجهان ، أصحهما : لا يجوز .

المستثنى :

- ١ - جزم بالأول ، ويعطى النادر حكم جنسه في صور :
 - أ - من خلُق له وجهان لم يتميز الزائد منهما ، يجب غسلهما قطعاً .
 - ب - من خلقت بلا بكاراة لها حكم الأبقار قطعاً .
 - ج - من أتت بولد لسته أشهر ولحظتين من الوطاء ، يلحق به قطعاً ، وإن كان نادراً .
- ٢ - جزم بالثاني ، ويعطى النادر حكماً مستقلاً في صور :
 - أ - الأصبع الزائدة لا تلحق بالأصلية في الدية قطعاً .
 - ب - كذا سائر الأعضاء ، لا تلحق بالأصلية في الدية قطعاً^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١١٣ - ١١٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٢ ، المنشور ، للزركشي ٣/ ٢٤٣ ، ٢٤٦ .

القادر على اليقين، هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟

التوضيح :

الأصل أن يعمل الإنسان باليقين ، ويلجأ إلى الاجتهاد عند الظن ، والاجتهاد ظني ، فإذا قدر على اليقين ، فهل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع .

التطبيقات :

- ١ - من معه إناءان ، أحدهما نجس ، وهو قادر على يقين الطهارة بكونه على البحر ، أو عنده ثالث طاهر ، أو يقدر على خلطهما ، وهما قلتان ، والأصح أن له الاجتهاد .
- ٢ - لو كان معه ثوبان ، أحدهما نجس ، وهو قادر على طاهر بيقين ، والأصح أن له الاجتهاد .
- ٣ - من شك في دخول الوقت ، وهو قادر على تمكين الوقت ، أو الخروج من البيت المظلم لرؤية الشمس ، والأصح أن له الاجتهاد .
- ٤ - الصلاة إلى الحجر ، الأصح عدم صحتها إلى القدر الذي ورد فيه أنه من البيت ، وسببه اختلاف الروايات ، ففي لفظ «الحجر من البيت» وفي لفظ «سبعة أذرع» وفي آخر «سته» وفي آخر «سبعة» ،

والكل في «صحيح مسلم»^(١) فعدلنا عنه إلى اليقين ، وهو الكعبة ،
قاله السيوطي^(٢) .

٥ - الاجتهاد بحضرته ﷺ ، وفي زمانه ، والأصح جوازه .

المستثنى :

١ - جزم بالمنع فيما إذا وجد المجتهد نصاً فلا يعدل عنه إلى الاجتهاد
جزماً ، وفي المكي لا يجتهد في القبلة جزماً ، وفرق بين القبلة
والأواني بأن في الإعراض عن الاجتهاد في الآنية إضاعة مال ، وبأن
القبلة في جهة واحدة ، فطلبها في غيرها مع القدرة عليها عبث ،
والماء جهاته متعددة .

٢ - وجزم بالجواز في الاجتهاد والأخذ بالظن فيمن اشتبه عليه لبن
طاهر ومتنجس ، ومعه ثالث طاهر بيقين ، ولا اضطرار ، فإنه يجتهد
بلا خلاف ، نقله في «شرح المذهب»^(٣) .

(١) هذا الحديث رواه البخاري (٥٧٤/٢) ومسلم بروايات متعددة (٨٨/٩ - ٩٥) .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٣ .

(٣) إيضاح القواعد الفقهية ، اللحجي ص ١١٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٠٣ .

المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟

التوضيح :

إذا طرأ شيء علي تصرف أو على شيء ، فهل يأخذ المانع الطارئ حكم المقارن للأصل؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف فيه ، ويعبر عن أحد شقي هذه القاعدة بقاعدة «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء» (م/ ٥٥) .

التطبيقات :

١ - طريان الكثرة على الاستعمال ، والشفاء على المستحاضة في أثناء الصلاة ، والردة على الإحرام ، وقصد المعصية على سفر الطاعة ، وعكسه ، والإحرام على ملك الصيد ، وأحد العيوب على الزوجة ، والحلول على دين المفلس الذي كان مؤجلاً ، وملك المكاتب زوجة سيده ، والوقف على الزوجة أي إذا وقفت زوجته عليه .

والأصح في الكل أن الطارئ كالمقارن ، ويؤثر مثله ، ويعطى حكم المقارن ، فيحكم للماء بالطهورية ، وللصلاة والإحرام بالإبطال ، وللمسافر بعدم الترخص في الأولى ، وبالترخص في الثانية ، وبإزالة الملك عن الصيد ، وبإثبات الخيار للزوج ، وبرجوع البائع في عين

ماله ، وبانفساخ النكاح في شراء المكاتب والموقوفة ، كما لا يجوز نكاح من وقفت عليه ابتداء .

٢ - طَرَيَانُ القدرة على الماء في أثناء الصلاة ، ونية التجارة بعد الشراء ، وملك الابن على زوجة الأب ، والعنق على من نكح جارية ولده ، واليسار ونكاح الحرة على حر نكح أمة ، وملك الزوجة لزوجها بعد الدخول قبل قبض المهر ، وملك الإنسان عبداً له في ذمته دين ، والإحرام على الوكيل في النكاح ، والاسترقاق على حربي استأجره مسلم ، والعنق على عبد آجره سيده مدة .

والأصح في الكل أن الطارئ ليس كالمقارن ، ولا يؤثر نهائياً ، فلا تبطل الصلاة ولا تجب الزكاة ، ولا ينفسخ النكاح في الصور الأربع ، ولا يسقط المهر والدين عن ذمة العبد ، ولا تبطل الوكالة ، ولا تنفسخ الإجارة في صورتين .

المستثنى :

١ - جُزِمَ بأن الطارئ كالمقارن في صور ، ويعطى حكمه قولاً واحداً ، منها : طَرَيَانُ الكثرة على الماء النجس ، والرضاع المحرم ، والردة على النكاح ، ووطء الأب ، أو الابن ، أو الأم ، أو البنت بشبهة ، وملك الزوج الزوجة وعكسه ، والحدث العمد على الصلاة ، ونية القنية على عروض التجارة ، وأحد العيوب على الزوج .

٢ - وجزم بخلافه ، وأن الطارئ ليس كالمقارن قولاً واحداً في صور ، منها :

طريان الإحرام ، وعدة الشبهة ، وأمن العنت على النكاح ، والإسلام
على السبي فلا يزيل الملك ، ووجدان الرقبة في أثناء الصوم ،
والإباق ، وموجب الفساد على الرهن ، والإغماء على الاعتكاف ،
والإسلام على عبد الكافر ، فلا يزيل الملك ، بل يؤمر بإزالته^(١) .

(١) إيضاح القواعد الفقهية ، للحجي ص ١١٦ ، المجموع المذهب ٧٣٠ / ٢ ، الأشباه
والنظائر للسيوطي ص ٢٠٣ .

فوائد:

الفائدة الأولى: المسائل المفتى فيها على القول القديم:

هذه ذكر المسائل التي يفتى فيها على القول القديم ، وهي أربع عشرة مسألة على ما ذكرها النووي في «شرح المذهب» رحمه الله تعالى ، وهي :

- ١ - مسألة التثويب في أذان الصبح ، القديم استحبابه .
- ٢ - التباعد عن النجاسة في المال الكثير ، القديم أنه لا يشترط .
- ٣ - قراءة السورة في الركعتين الأخيرتين ، القديم : لا يستحب .
- ٤ - لمس المحارم ، القديم لا ينقض الوضوء .
- ٥ - تعجيل العشاء ، القديم أنه أفضل .
- ٦ - الاستنجاء بالحجر فيما جاوز المخرج ، القديم جوازه .
- ٧ - وقت المغرب ، القديم امتداده إلى غروب الشفق الأحمر .
- ٨ - المنفرد إذا نوى الاقتداء في أثناء الصلاة ، القديم جوازه .
- ٩ - أكل الجلد المدبوغ ، القديم تحريمه .
- ١٠ - تقليد أظافر الميت ، القديم كراهته .
- ١١ - شرط التحلل من التحرم بمرض ونحوه ، القديم جوازه .
- ١٢ - الجهر بالتأمين للمأموم في صلاة جهرية ، القديم استحبابه .
- ١٣ - من مات وعليه صوم ، القديم يصوم عنه وليه .
- ١٤ - الخط بين يدي المصلي إذا لم تكن معه عصا ، القديم استحبابه^(١) .

(١) المجموع ١/ ١١٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٦٩ ، إيضاح القواعد ص ١١٧ ،
مغني المحتاج ١/ ١٣ .

الفائدة الثانية: المذهب القديم:

قال الشيخ عبد الهادي نجا الأياري رحمه الله تعالى بعد ذكر مسائل القديم ما نصه : «المراد بالقديم ما صنفه الشافعي رضي الله عنه ببغداد ، واسمه «كتاب الحُجَّة» الذي رواه عنه الحسن بن محمد الزعفراني ، وقد رجع عنه الشافعي بمصر ، وغسل كتبه فيه ، وقال : «لا أجعل في حل من روى عني القول القديم» قال الإمام في باب الآتية من «النهاية» : «معتقدي أن الأقوال القديمة ليست من مذهب الشافعي حيث كانت ، لأنه جزم في الجديد بخلافها ، والمرجوع عنه لا يكون مذهباً للراجع ، وهذا يقتضي أن المرجوع عنه في القديم ما جزم بخلافه في الجديد» ، وبذلك صرح النووي ، وقال : «أما قديم لم يخالفه في الجديد ، أو لم يتعرض لتلك المسألة فيه ، فإنه مذهب الشافعي ، واعتقاده ، ويعمل به ، ويفتي عليه ، فإنه قاله ، ولم يرجع عنه ، وإطلاقهم أن القديم مرجوع عنه ، ولا عمل به إنما هو بالنظر إلى الغالب» ذكره العلائي في «قواعده» .

وقال أيضاً : «لا ينبغي لمقلد مذهب الشافعي أن ينسب المذهب القديم إليه ، ولا لمن يسأل عن مذهبه أن يفتي به لصحة رجوعه عنه ، ومخالفته إياه في الجديد ، بل ينظر في ذلك القول ، فإن كان موافقاً لقواعد الجديد عمل به ، لا لذاته ، بل لاقتضاء قواعد الجديد إياه ، أو دل عليه حديث صحيح ، مع قول الشافعي : «إذا صح الحديث فهو مذهبي» وقوله أيضاً : «كل مسألة تكلمت فيها صح الخبر فيها عن النبي ﷺ عند أهل النقل بخلاف ما قلت ، فأنا راجع عنها في حياتي وبعد موتي» وبذا عمل كثير من أصحابنا ، فكان من ظفر منهم بحديث ، ومذهب الشافعي بخلافه ، عمل بالحديث ، ولم يتفق ذلك إلا نادراً .

وليس كل فقيه يسوغ له أن يستقل بالعمل بما رآه من الحديث ، لأنه قد يكون الشافعي اطلع على هذا الحديث وتركه عمداً على علم منه بصحته ، لمانع اطلع عليه ، وخفي على غيره ، كما قال أبو الوليد موسى بن أبي الجارود ، روى عن الشافعي أنه قال : «إذا صح عن النبي ﷺ حديث ، وقلت قولاً بخلافه ، فإني راجع عنه ، قائل بذلك» قال أبو الوليد : وقد صح حديث : «أفطر الحاجم والمحجوم»^(١) فردّ على أبي الوليد بأن الشافعي تركه مع صحته ، لكونه منسوخاً عنده ، وقد بينه ، والله أعلم»^(٢) .

الفائدة الثالثة: مضي الزمان:

هناك صور يقوم فيها مضي الزمان مقام الفعل ، جمعها المحب الطبري في «شرح التنبيه» وهي بضع عشرة مسألة ، أكثرها على ضعف ، وهي :

- ١ - مضي مدة المسح ، يوجب النزاع ، وإن لم يمسح .
- ٢ - مضي زمن المنفعة في الإجارة ، يقرر الأجرة ، وإن لم ينتفع .
- ٣ - إقامة زمن عرضها على الزوج الغائب ، مقام الوطاء ، حتى تجب النفقة .
- ٤ - مضي زمن يمكن فيه القبض ، ويكفي في الهبة والرهن ، وإن لم يقبض .

(١) هذا الحديث رواه الإمام أحمد (٣٦٤/٢ ، ٤٦٥/٣ ، ١٢٣/٤ ، ٢١٠/٥ ، ١٢/٦) والبخاري (فتح الباري ١٧٤/٤) وأبو داود (٣٧٢/١) نشر دار الكتاب العربي) وابن ماجه (٥٣٧/١) والترمذي (٤٠٤/٣) رقم (٧٧١) وغيرهم (فيض القدير ٥٣/٢) .

(٢) إيضاح القواعد الفقهية ، للحنفي ص ١١٨ ، المجموع ١١٢/١ مغني المحتاح ١٣/١ .

- ٥ - إقامة وقت الجداد مقامه عند من يرى أن لا ضم .
- ٦ - دخل وقت الصلاة في الحضر ، ثم سافر ، يمسح مسح مقيم في وجه .
- ٧ - الصبي والعبد إذا وقفا بعرفة ، ثم دفعا بعد الغروب ، ثم كملا قبل الفجر ، سقط فرضهما عند ابن سريج .
- ٨ - إذا انتصف الليل ، دخل وقت الرمي ، وحصل التحلل عند الإصطخري .
- ٩ - ١٠ - إقامة وقت التأبير ، وبدؤ الصلاح ، مقامهما في وجه .
- ١١ - إقامة وقت الخرص مقامه ، إن لم يشترط التصريح بالتضمنين ، وهو وجه .
- ١٢ - خروج الوقت يمنع فعل الصلاة على قول .
- ١٣ - إذا سافر بعد الوقت ، لا يقصر على وجه^(١) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٦٦ - ٥٦٧ ، إيضاح القواعد ص ١١٨ .

خاتمة

هذا عرض موجز لأهم القواعد الفقهية في المذهب الحنفي والشافعي ، مع توضيح القاعدة ، وبيان بعض تطبيقاتها من الفروع الفقهية ، وذكر المستثنيات إن وجدت ، مع توشيحها بالفوائد الفقهية ، والتنبيهات التي يستفيد منها القارئ عامة ، والطالب خاصة .

وهي مساهمة متواضعة في عرض القواعد ، لتسهيل دراستها على الطلاب ، وعرضها بأسلوب واضح ، ، وليس الغاية من هذا الكتاب استعراض جميع القواعد الفقهية ، واستقصاء الفروع والجزئيات ، وإنما الهدف كما بينت في المقدمة توفير كتاب للطالب يجمع بين المذهبين : الحنفي والشافعي ، بدلاً من أن يضطر إلى دراسة قواعد كل مذهب منفردة في كتاب خاص .

ولم نقصد استيعاب القواعد الفقهية في المذهبين ، وإنما ذكرنا المهم منها ، وكثير من هذه القواعد متفق عليها بين المذهبين ، حتى ما ورد أنه خاص بمذهب معين ، كما يوافق المذهب المالكي والحنبلي على كثير منها ، ولكن تختلف الفروع المندرجة تحت القاعدة في كل مذهب .

وأسأل الله تعالى النفع والفائدة ، وتحقيق المقصد والغاية ، وصلى الله على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين ، وعلى آله وصحبه وسلم ، والحمد لله رب العالمين .

أهم المصادر والمراجع

- ١ - الأشباه والنظائر ، زين الدين بن إبراهيم ، المعروف بابن نجيم الحنفي (٩٧٠هـ) وبهاشيته «نزهة النواظر» لمحمد أمين بن عمر ، المعروف بابن عابدين (١٢٥٢هـ) - دار الفكر - دمشق - ط ١ - ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣ م .
- ٢ - الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية ، جلال الدين عبدالرحمن السيوطي (٩١١هـ) .
مطبعة عيسى البابي الحلبي - القاهرة - د . ت + مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - ١٣٨٧هـ / ١٩٥٩ م .
- ٣ - الأشباه والنظائر في النحو ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (٩١١هـ) .
طبع شركة الطباعة الفنية - القاهرة - ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥ م .
- ٤ - الأعلام ، خير الدين الزركلي .
الطبعة الثالثة - بيروت - ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩ م - دون دار نشر .
- ٥ - إيضاح القواعد الفقهية ، عبد الله بن سعيد بن عبّاد اللحجي الحضرمي .
الطبعة الثالثة - السعودية - ١٤١٠هـ - دون دار نشر .
- ٦ - بغية الدعاة في طبقات النحويين والنحاة ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (٩١١هـ) .
طبع عيسى البابي الحلبي - القاهرة - ١٣٨٤هـ / ١٩٦٥ م .

- ٧ - تخريج الفروع على الأصول ، محمود بن أحمد الزنجاني (٦٥٦هـ)
تحقيق الدكتور محمد أديب صالح .
طبعة جامعة دمشق - دمشق - ١٣٨٢هـ / ١٩٦٢ م .
- ٨ - التعريفات ، للسيد علي بن محمد ، الشريف الجرجاني الحنفي
(٨١٦هـ) .
طبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - ١٣٥٧هـ / ١٩٣٨ م .
- ٩ - التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، الحافظ أحمد
ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) .
نشر شركة الطباعة الفنية المتحدة - القاهرة - وعبد الله هاشم
اليماني - المدينة المنورة - ٣٨٤هـ / ١٩٦٤ م .
- ١٠ - تهذيب الأسماء واللغات ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف
النووي (٦٧٦هـ) .
تصوير عن طبعة إدارة الطباعة المنيرية - بيروت - د . ت .
- ١١ - جامع الترمذي ، محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ) مع تحفة
الأحوذى للمباركفوري (١٣٥٣هـ) .
مطبعة المدني - القاهرة - ط ٢ - ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣ م .
- ١٢ - جامع العلوم والحكم ، زين الدين ، أبو الفرج ، عبد الرحمن بن
أحمد ، المعروف بابن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ) .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة - ط ٣ - ١٣٨٢هـ /
١٩٦٢ م .

١٣ - الجواهر المضية في تراجم الحنفية ، عبد القادر القرشي (٧٧٥هـ) .

طبع حيدر آباد - الهند - ١٣٣٢هـ .

١٤ - الجويني ، الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي .

دار القلم - دمشق - الطبعة الثانية - ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م .

١٥ - الحاوي الكبير ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠هـ) ، تحقيق عدد من الأساتذة .

طبع دار الفكر - بيروت - ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .

١٦ - حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (٩١١هـ) .

طبع دار الكتب العربية - القاهرة - ط ١ - ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧م .

١٧ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، تعريب المحامي فهمي الحسيني .

طبع دار الجيل - بيروت - ١٤١١هـ / ١٩٩١م .

١٨ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) .

مطبعة المدني - القاهرة - ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧م .

١٩ - ذيل طبقات الحنابلة ، زين الدين ، أبو الفرج ، عبد الرحمن بن أحمد ، المعروف بابن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ) .

مطبعة السنة المحمدية - القاهرة - ١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م .

- ٢٠ - سنن الدارمي ، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدارمي (٢٥٥هـ) تحقيق محمد أحمد دهمان .
طبع دار إحياء السنة النبوية - القاهرة - د . ت .
- ٢١ - سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥هـ) .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - الطبعة الأولى -
١٣٧١هـ / ١٩٥٢م .
- ٢٢ - السنن الكبرى سنن البيهقي ، أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨هـ) .
تصوير عن الطبعة الأولى - حيدر آباد الدكن - الهند -
١٣٥٥هـ .
- ٢٣ - سنن ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣هـ) .
مطبعة عيسى البابي الحلبي - القاهرة - الطبعة الأولى -
١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م .
- ٢٤ - سنن النسائي ، أحمد بن شعيب النسائي (٣٠٣هـ) .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - الطبعة الأولى ،
١٣٨٣هـ / ١٩٦٤م .
- ٢٥ - سير أعلام النبلاء ، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (٧٤٨هـ) .
مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ٤ - ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م .
- ٢٦ - صحيح البخاري ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ) ضبطه وشرحه الدكتور مصطفى البغا ، نشر دار القلم ،
دمشق - الطبعة الأولى - ١٤٠١هـ / ١٩٨١م .

- ٢٧ - صحيح مسلم ، للإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري (٢٦١هـ)
 بشرح النووي (٦٧٦هـ) .
 المطبعة المصرية ومكتبتها ، القاهرة - الطبعة الأولى - ١٣٤٩هـ /
 ١٩٣٠م .
- ٢٨ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، محمد بن محمد بن
 مخلوف .
 تصوير عن الطبعة الأولى - ١٣٤٩هـ بالمطبعة السلفية - نشر دار
 الكتاب العربي - بيروت - د . ت .
- ٢٩ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، عبد الحي بن العماد
 الحنبلي (١٠٨٩هـ) .
 طبع مكتبة القدسي - القاهرة - ١٣٥٠هـ .
- ٣٠ - شرح الكوكب المنير في أصول الفقه ، محمد بن أحمد ، ابن
 النجار الفتوحي الحنبلي (٩٧٢هـ) ت الدكتور محمد الزحيلي
 والدكتور نزيه حماد .
- مطبعة العبيكان - الرياض - الطبعة الثانية - ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م .
- ٣١ - شرح المجلة ، سليم رستم باز اللبناني .
 تصوير الطبعة الثالثة - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - د . ت .
- ٣٢ - شرح القواعد الفقهية ، الشيخ أحمد بن محمد الزرقا (١٣٥٧هـ /
 ١٩٣٨م) .
- دار القلم - دمشق - ط٣ - ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م .
- ٣٣ - طبقات الشافعية ، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي
 (٧٧٢هـ) .
- دار العلوم للطباعة والنشر - الرياض - ١٤٠١هـ / ١٩٨١م .

- ٣٤ - طبقات الشافعية الكبرى ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (٧٧١هـ) ، ت الحلو والطناحي .
 طبع عيسى البابي الحلبي - القاهرة - ١٣٨٣هـ / ١٩٦٤م .
- ٣٥ - طبقات الفقهاء ، أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (٤٧٦هـ) .
 طبع دار التراث العربي - بيروت - ١٩٧٠م .
- ٣٦ - طرق تدريس التربية الإسلامية ، الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي .
 دار المعارف للطباعة - دمشق - ط ٥ - ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م .
- ٣٧ - العز بن عبد السلام ، الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي .
 دار القلم - دمشق - ط ١ - ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م .
- ٣٨ - فتح الباري شرح صحيح البخاري ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) .
 المطبعة الخيرية - الطبعة الأولى - ١٣٢٩هـ ، وطبعات أخرى .
- ٣٩ - الفروق ، شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي المالكي (٦٨٤هـ) .
 مطبعة دار إحياء الكتب العربية - مصر - ١٣٤٦هـ .
- ٤٠ - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، محمد بن الحسن الحجوي الفاسي .
 مطبعة إدارة المعارف - الرباط - ١٣٤٠هـ ، وفاس ١٣٤٥هـ .
- ٤١ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي (فرغ منه سنة ١٢٩٢هـ) .
 تصوير دار المعرفة - بيروت - د . د . ت .

- ٤٢ - قواعد الأحكام ، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (٦٦٠هـ) .
تصوير دار المعرفة - بيروت - عن طبعة المكتبة التجارية الكبرى
- القاهرة - د . ت .
- ٤٣ - القواعد الفقهية ، عزت عبيد الدعاس .
مشورات مكتبة الغزالي - حماة - سورية - ط ٢ - د . ت .
- ٤٤ - كشاف اصطلاحات الفنون ، محمد أعلى بن علي التهانوي
(١١٥٨هـ) .
- تصوير عن مكتبة كلكتا - الهند - ١٨٦٢هـ .
- ٤٥ - كشف الخفا ومزيل الإلباس ، إسماعيل بن محمد العجلوني
(١١٦٢هـ) .
- طبع مكتبة التراث الإسلامي - حلب - سورية - د . ت .
- ٤٦ - كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، ملا جلي ، حاجي
خليفة ، مصطفى بن عبد الله .
طبعة استانبول - ط ١ - سنة ١٣١٠هـ .
- ٤٧ - الكليات ، أبو البقاء الكفوي ، أيوب بن موسى الحسيني
(١٠٩٤هـ / ١٦٨٤م) .
- نشر وزارة الثقافة - دمشق - ١٩٨١م .
- ٤٨ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر
الهيثمي (٨٠٧هـ) .
مطبعة القدسي - القاهرة - ١٣٥٢هـ .

- ٤٩ - المجموع شرح المذهب ، يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ) .
 طبع مكتبة الإرشاد - جدة - السعودية - د . ت .
- ٥٠ - المجموع المذهب في قواعد المذهب ، للحافظ خليل بن
 كيكليدي العلائي الشافعي (٧٦١هـ) .
 تحقيق الدكتور محمد عبد الغفار الشريف ، نشر وزارة الأوقاف -
 الكويت - ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .
- ٥١ - المدخل إلى مذهب أحمد ، عبد القادر بن أحمد ، المعروف بابن
 بدران (١٣٤٦هـ) .
 إدارة الطباعة المنيرية - مصر - د . ت .
- ٥٢ - المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، الأستاذ الدكتور عبد الرحمن
 الصابوني .
 نشر جامعة دمشق - دمشق - د . ت .
- ٥٣ - المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي ، الدكتور الشيخ
 مصطفى الشلبي ..
 مطبعة دار التأليف - مصر - ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م .
- ٥٤ - المدخل الفقهي العام ، الأستاذ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا .
 مطابع ألف باء الأديب - دمشق - ١٣٨٧هـ / ١٩٦٨م .
- ٥٥ - مرآة المجلة ، يوسف آصاف (١٩٣٨م) .
 المطبعة العمومية - مصر - ١٨٩٤م .
- ٥٦ - المستدرک علی الصحیحین فی الحدیث ، للحافظ أبي عبد الله
 الحاكم ، محمد بن عبد الله (٤٠٥هـ) .
 تصوير عن طبعة حيدر آباد الدكن - الهند - ١٣٣٥هـ .

- ٥٧ - مسند الإمام أحمد ، للإمام أحمد بن حنبل الشيباني (٢٤٢هـ) .
تصوير المكتب الإسلامي بدمشق عن المطبعة الميمنية بالقاهرة -
١٣١٣هـ .
- ٥٨ - المصباح المنير ، أحمد بن محمد بن علي المصري الفيومي
(٧٧٠هـ) .
المطبعة الأميرية - القاهرة - ط ٦ - ١٩٢٦م .
- ٥٩ - مغني المحتاج ، للشيخ محمد الشربيني الخطيب (٩٧٧هـ) .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م .
- ٦٠ - المفردات في غريب القرآن ، أبو القاسم الحسين بن محمد ،
المعروف بالراغب الأصبهاني (٥٠٢هـ) .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - ١٣٨١هـ / ١٩٦١م .
- ٦١ - مقالات الكوثري ، الشيخ محمد زاهد الكوثري .
طبع مكتبة التراث - حلب - د . ت .
- ٦١ - المنشور في القواعد ، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي
(٧٩٤هـ) .
- حققه الدكتور تيسير فائق أحمد محمود ، نشر وزارة الأوقاف -
الكويت - ط ٢ - ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .
- ٦٢ - المذهب في فقه الشافعي ، أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي
(٤٧٦هـ) تحقيق الدكتور محمد الزحيلي ، دار القلم - دمشق -
١٤١٢هـ / ١٩٩٢م .

٦٣ - نصب الراية لأحاديث الهداية ، عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢هـ) .

الطبعة الأولى - مصر - ١٣٥٧هـ / ١٩٣٨م .

٦٤ - النظريات الفقهية ، الأستاذ الدكتور محمد فتحي الدريني .
نشر جامعة دمشق - دمشق - ١٤٠١هـ / ١٩٨٠م .

٦٥ - النظريات الفقهية ، الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي .
طبع دار القلم - دمشق - ط ١ - ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م .

٦٦ - وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، الدكتور محمد الزحيلي .
نشر مكتبة دار البيان - دمشق - ط ٢ - ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .

٦٧ - وفيات الأعيان ، أحمد بن محمد بن إبراهيم بن خلكان (٦٨١هـ) .

مطبعة السعادة - القاهرة - ط ١ - ١٣٦٨هـ / ١٩٤٨م .

فهرس القواعد

رقم القاعدة وعنوانها ، والموضوع ، ورقم المادة في المجلة

الصفحات

٥	تقديم
١٣	الباب التمهيدى: تعريف القواعد وفوائدها وكتبها
١٥	أولاً : نبذة تاريخية عن ظهور القواعد
١٨	ثانياً : تعريف القواعد
١٩	ثالثاً : الفرق بين القاعدة والضابط
٢٠	رابعاً : الفرق بين القواعد الفقهية والأصولية
٢٢	خامساً : الفرق بين القواعد والنظريات
٢٤	سادساً : فوائد القواعد وأهميتها
٢٧	سابعاً : مصادر القواعد
٣٠	ثامناً : أنواع القواعد
٣٢	تاسعاً : مؤلفات القواعد
٥٣	عاشراً : فوائد : نشأة القواعد
٥٥	طرق وضع القواعد
٥٥	تاريخ القواعد عند الشافعية
٥٦	المبادئ العشرة لعلم القواعد
٥٨	القواعد والضوابط والمدارك

٦١	الباب الأول: القواعد الفقهية الأساسية
٦٤	١ - القاعدة الأساسية الأولى : الأمور بمقاصدها م/٢
٧٦	فوائد : التشريك في النية
٧٨	محل النية
٧٩	زمن النية
٨٢	كيفية النية
٨٣	شروط النية
٨٩	النية ركن أم شرط
٨٩	مقاصد اللفظ
٩١	النفل والفرض
٩٢	٢ - القاعدة الثانية الأساسية : اليقين لا يزول بالشك م/٤
١٠١	فوائد : اليقين والظن في الأحكام
١٠٣	اليقين السابق والشك الطارئ
١٠٥	الظن والشك
١٠٦	الاستصحاب والأصل
١٠٨	تعارض أصليين
١٠٩	تعارض الأصل والظاهر
١١٣	الأصل والظاهر
١٢٠	القواعد المتفرعة عنها:
١٢١	٣- ١ - الأصل بقاء ما كان على ما كان م/٥
		٤- ٢ - ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على
١٢٧	خلافه م/١٠

١٣٠	٥ - ٣ - الأصل في الصفات العارضة العدم م/ ٢٠
١٣٥	٦ - ٤ - الأصل براءة الذمة م/ ٨
١٣٩	٧ - ٥ - الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته م/ ١١
١٤٨	٨ - ٦ - لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح م/ ١٣
	٩ - ٧ - لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في
١٥٥	معرض الحاجة بيان م/ ٦٧
١٦٥	١٠ - ٨ - لا عبرة للتوهم م/ ٧٤
١٧٠	١١ - ٩ - لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل م/ ٧٣
١٧٣	١٢ - ١٠ - لا عبرة بالظن البين خطؤه م/ ٧٢
	١٣ - ١١ - من شك هل فعل شيئاً أو لا ، فالأصل أنه لم
١٧٨	يفعله
	١٤ - ١٢ - من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير عمل
١٧٩	على القليل
١٨١	١٥ - ١٣ - الأصل العدم
	١٦ - ١٤ - الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل
١٨٢	على التحريم
١٨٥	١٧ - ١٥ - الأصل في الأبضاع التحريم
١٨٧	١٨ - القاعدة الأساسية الثالثة : لا ضرر ولا ضرار م/ ١٩
١٩٥	القواعد المتفرعة عنها :
١٩٦	١٩ - ١ - الضرر يدفع بقدر الإمكان م/ ٣١
١٩٨	٢٠ - ٢ - الضرر يزال م/ ٢٠
٢٠٤	٢١ - ٣ - الضرر لا يزال بمثله م/ ٢٥

٢٠٨	٢٢ - ٤ - الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف م/١٧
٢١٠	٢٣ - ٥ - يختار أهون الشرين م/١٩
	٢٤ - ٦ - إذا تعارضت مفسدتان ، روعي أعظمهما ضرراً
٢١٢	بارتكاب أخفهما م/٢٨
٢١٦	٢٥ - ٧ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام م/٢٦
٢١٨	٢٦ - ٨ - درء المفسد أولى من جلب المنافع م/٣٠
٢٢١	٢٧ - ٩ - إذا تعارض المنع والمقتضي يقدم المنع م/٤٦
٢٢٩	٢٨ - ١٠ - القديم يترك على قدمه م/٦
٢٣٢	٢٩ - ١١ - الضرر لا يكون قديماً م/٧
٢٣٥	٣٠ - القاعدة الأساسية الرابعة : المشقة تجلب التيسير م/١٧
٢٤٨	فوائد : ضبط المشاق المقتضية للتخفيف
٢٤٩	أنواع تخفيفات الشرع
٢٥٠	أقسام الرخص
٢٥١	القواعد المتفرعة عنها :
٢٥٢	٣١ - ١ - الأمر إذا ضاق اتسع م/١٨
٢٥٥	٣٢ - ٢ - الضرورات تبيح المحظورات م/٢١
٢٥٨	٣٣ - ٣ - الضرورات تقدر بقدرها م/٢٢
٢٦١	فائدة : مراتب المصالح ١٢٧
٢٦٢	٣٤ - ٤ - الاضطرار لا يبطل حق الغير م/٣٣
	٣٥ - ٥ - الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أو خاصة ، في إباحة المحظور م/٣٢
٢٦٤	

٢٧١	٣٦ - القاعدة الأساسية الخامسة : العادة مُحَكِّمَةٌ م/ ٣٦
٢٧٩	فوائد : فيما تثبت به العادة
٢٧٩	إطراد العادة
٢٨٠	تعارض العرف والشرع
٢٨١	تعارض العرف واللغة
٢٨٣	تعارض العرف العام والخاص
٢٨٣	العادة المطردة
٢٨٤	العرف المقارن والسابق
٢٨٥	ضبط الأحكام بالعرف والشرع
٢٨٥	القواعد المتفرعة عنها :
٢٨٦	٣٧ - ١ - الممتنع عادة كالممتنع حقيقة م/ ٣٨
٢٨٨	٣٨ - ٢ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها م/ ٣٧
٢٩٠	٣٩ - ٣ - إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت م/ ٤١
٢٩٢	٤٠ - ٤ - العبرة للغالب الشائع ، لا للنادر م/ ٤٢
٢٩٥	٤١ - ٥ - الحقيقة تترك بدلالة العادة م/ ٤٠
٢٩٨	٤٢ - ٦ - الكتاب كالخطاب م/ ٦٩
	٤٣ - ٧ - الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان
٣٠١	م/ ٧٠
٣٠٤	٤٤ - ٨ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً م/ ٤٣
٣٠٧	٤٥ - ٩ - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص م/ ٤٥
٣٠٩	٤٦ - ١٠ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم م/ ٤٤

- ٤٧ - ١١ - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان م/ ٣٩ ٣١١
تنبيه: الأصل في الشريعة ثبات الأحكام ٣١٩

الباب الثاني: القواعد الكلية

٣٢١ في المذهب الحنفي والشافعي

- ٤٨ - إعمال الكلام أولى من إهماله م/ ٦٠ ٣٢٣
القواعد المتفرعة عنها : ٣٢٥
٤٩ - ١ - الأصل في الكلام الحقيقة م/ ١٢ ٣٢٦
٥٠ - ٢ - إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز م/ ٦١ ٣٢٩
٥١ - ٣ - إذا تعذر إعمال الكلام يُهمل م/ ٦٢ ٣٣١
٥٢ - ٤ - ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ٣٣٤
ملاحظة : ذكر الكل والجزء ٣٣٦
٥٣ - ٥ - المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل
التقييد نصاً أو دلالة م/ ٦٤ ٣٣٧
٥٤ - ٦ - الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر
م/ ٦٥ ٣٤١
٥٥ - ٧ - السؤال معاد في الجواب م/ ٦٦ ٣٤٥
٥٦ - ٨ - التأسيس أولى من التأكيد ٣٤٩
٥٧ - الاجتهاد لا ينقض بمثله م/ ١٦ ٣٥١
٥٨ - ما جاز لعذر بطل بزواله م/ ٢٣ ٣٥٨
٥٩ - ما حرم أخذه حرم إعطاؤه م/ ٣٤ ٣٦١
٦٠ - ما حرم فعله حرم طلبه م/ ٣٥ ٣٦٤

٦١ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ	٣٦٦
والمباني م/٣	٣٦٦
٦٢ - من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه م/٩٩	٣٧٨
٦٣ - يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء م/٥٥	٣٨٣
٦٤ - التابع تابع م/٤٧	٣٨٨
القواعد المتفرعة عنها :	٣٩١
٦٥ - ١ - من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته م/٤٩	٣٩٢
٦٦ - ٢ - التابع لا يفرد بالحكم م/٤٨	٣٩٤
٦٧ - ٣ - يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع م/٥٤	٣٩٨
٦٨ - ٤ - إذا سقط الأصل سقط الفرع م/٥٠	٤٠٢
٦٩ - ٥ - قد يثبت الفرع دون الأصل م/٨١	٤٠٤
٧٠ - ٦ - إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه م/٥٢	٤٠٨
٧١ - ٧ - التابع يسقط بسقوط المتبوع	٤١٦
٧٢ - ٨ - التابع لا يتقدم على المتبوع	٤١٨
٧٣ - الخراج بالضمان م/٨٥	٤٢٠
٧٤ - إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى	
المباشر م/٩٠	٤٢٣
٧٥ - الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة م/٥٩	٤٢٨
فوائد : ضابط الولاية	٤٣٤
مراتب الولاية	٤٣٤
٧٦ - التصرف على الرعية منوط بالمصلحة م/٥٨	٤٣٦

الباب الثالث: القواعد الكلية في المذهب الحنفي ٤٤١

- ٧٧ - لا مساغ للاجتهاد في مورد النص م/ ١٤ ٤٤٣
- ٧٨ - ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس م ١٥ ٤٤٦
- ٧٩ - إذا زال المانع عاد الممنوع م/ ٢٤ ٤٥٠
- ٨٠ - ليس للمظلوم أن يظلم غيره م/ ٩٢١ ٤٥٥
- ٨١ - من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه م/ ١٠٠ ٤٥٨
- ٨٢ - البقاء أسهل من الابتداء م/ ٥٦ ٤٦٣
- ٨٣ - إذا بطل الأصل يصار إلى البدل م/ ٥٣ ٤٦٥
- ٨٤ - الساقط لا يعود ، كما أن المعدوم لا يعود م/ ٥١ ٤٦٨
- ٨٥ - لا يتم التبرع إلا بالقبض ٥٧/٢ ٤٧١
- ٨٦ - تبدل سبب الملك كتبدل الذات م/ ٩٨ ٤٧٤
- ٨٧ - المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط م/ ٨٢ ٤٧٨
- ٨٨ - المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة م/ ٨٤ ٤٨٢
- ٨٩ - يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان م/ ٨٣ ٤٨٥
- ٩٠ - الجواز الشرعي ينافي الضمان م/ ٩١ ٤٨٩
- ٩١ - الغرم بالغنم م/ ٨٧ ٤٩٤
- ٩٢ - النعمة بقدر النعمة ، والنقمة بقدر النعمة م/ ٨٨ ٤٩٧
- ٩٣ - الأجر والضمان لا يجتمعان م/ ٨٦ ٤٩٩
- ٩٤ - لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن م/ ٩٦ ٥٠٤
- ٩٥ - الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل م/ ٩٥ ٥٠٨

٩٦ - لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي	٩٧/م	٥١١
٩٧ - يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن	مجبراً م/ ٨٩	٥١٥
٩٨ - المباشر ضامن وإن لم يتعمد م/ ٩٢		٥١٩
٩٩ - المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد م/ ٩٣		٥٢١
١٠٠ - جناية العجماء جبار م/ ٩٤		٥٢٤
١٠١ - يقبل قول المترجم مطلقاً م/ ٧١		٥٢٦
١٠٢ - المرء مؤاخذ بإقراره م/ ٧٩		٥٢٨
١٠٣ - دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقام الظاهر	م/ ٦٨	٥٣٠
١٠٤ - الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان م/ ٧٥		٥٣٥
١٠٥ - البينة حجة متعديّة ، والإقرار حجة قاصرة م/ ٧٨		٥٣٧
١٠٦ - البينة لإثبات خلاف الظاهر ، واليمين لإبقاء الأصل	م/ ٧٧	٥٤٢
١٠٧ - البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر م/ ٧٦		٥٤٥
١٠٨ - لا حجة مع التناقض ، لكن لا يختل معه حكم	الحاكم م/ ٨٠	٥٤٧
الباب الرابع: القواعد الكلية في المذهب الشافعي		٥٥٣
١٠٩ - ما حرم استعماله حرم اتخاذه		٥٥٥
١١٠ - يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد		٥٥٧
١١١ - يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً		٥٥٩

- ١١٢ - يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل ٥٦١
- ١١٣ - يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام ٥٦٢
- ١١٤ - إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام ٥٦٤
- ٥٦٨ فوائد : ضابط العدد المحصور ٥٦٨
- ٥٦٨ شروط تفريق الصفقة ٥٦٨
- ١١٥ - إذا اجتمع في العبادة جانب الحضر ، وجانب
السفر ، غلب جانب الحضر ٥٧١
- ١١٦ - الحرام لا يُحرَّم الحلال ٥٧٣
- ١١٧ - الإيثار في القرب مكروه ٥٧٤
- ١١٨ - الحدود تسقط بالشبهات ٥٧٧
- ١١٩ - الحر لا يدخل تحت اليد ٥٨١
- ١٢٠ - الحريم له حكم ما هو حريم له ٥٨٣
- ١٢١ - إذا اجتمع أمران من جنس واحد ، ولم يختلف
مقصودهما ، دخل أحدهما في الآخر غالباً ٥٨٥
- ١٢٢ - الدفع أقوى من الرفع غالباً ٥٨٨
- ١٢٣ - الخروج من الخلاف مستحب ٥٩٠
- ١٢٤ - الرخص لا تناط بالمعاصي ٥٩٣
- ١٢٥ - الرخص لا تناط بالشك ٥٩٥
- ١٢٦ - الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه ٥٩٧
- ١٢٧ - العمل المتعدي أفضل من القاصر ٦٠٠
- ١٢٨ - ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً ٦٠٢
- ١٢٩ - الفرض أفضل من النفل ٦٠٦

- ١٣٠ - الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة
بمكانها ٦٠٩
- ١٣١ - الواجب لا يترك إلا لواجب ٦١١
- ١٣٢ - ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه ، لا يوجب
أهونهما بعمومه ٦١٤
- ١٣٣ - ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط ٦١٦
- ١٣٤ - المشغول لا يشغل ٦١٨
- ١٣٥ - المُكَبَّرُ لا يُكَبَّرُ ٦٢١
- ١٣٦ - النفل أوسع من الفرض ٦٢٣
- ١٣٧ - النية في اليمين تخصص اللفظ العام ، ولا تعمم
الخاص من اللفظ ٦٢٥
- ١٣٨ - مقاصد اللفظ على نية الالفاظ ٦٢٦
- ١٣٩ - الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود ٦٢٩
- ١٤٠ - لا ينكر المختلف فيه ، وإنما ينكر المجمع عليه ٦٣٠
- ١٤١ - يدخل القوي على الضعيف ، ولا عكس ٦٣٢
- ١٤٢ - الميسور لا يسقط بالمعسور ٦٣٤
- ١٤٣ - ما لا يقبل التبعض فاختار بعضه كاختيار كله ٦٣٦

الباب الخامس: القواعد المختلف فيها في فروع

- المذهب الشافعي ٦٣٩
- ١٤٤ - هل الجمعة صلاة ظهر مقصورة ، أو صلاة على
حيالها؟ ٦٤١

- ١٤٥ - الصلاة خلف المحدث المجهول الحال ، هل هي صلاة جماعة أو انفراد؟ ٦٤٣
- ١٤٦ - من أتى بما ينافي الفرض دون النفل بطل فرضه ، وهل تبقى صلاته نفلاً؟ ٦٤٥
- ١٤٧ - النذر هل يسلك فيه مسلك الواجب أو الجائز؟ ٦٤٧
- ١٤٨ - العين المستعارة للرهن ، هل المغلب فيها جانب الضمان أو جانب العارية؟ ٦٥٠
- ١٤٩ - الحوالة هل هي بيع أو استيفاء؟ ٦٥٢
- ١٥٠ - الإبراء هل هو إسقاط أو تملك؟ ٦٥٤
- ١٥١ - الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟ ٦٥٦
- ١٥٢ - الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟ ٦٥٩
- ١٥٣ - الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا؟ ٦٦١
- ١٥٤ - الظهار هل المغلب فيه مشابهة الطلاق أو مشابهة اليمين؟ ٦٦٤
- ١٥٥ - فرض الكفاية هل يتعين بالشروع؟ ٦٦٦
- ١٥٦ - فرض الكفاية هل يعطى حكم فرض العين أو حكم النفل؟ ٦٦٨
- ١٥٧ - الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل ، أو كالذي لم يعد؟ ٦٧٠
- ١٥٨ - هل العبرة بالحال أو بالمآل؟ ٦٧٤
- ١٥٩ - تنزيل الاكتساب منزلة المال الحاضر ٦٧٧

٦٧٩	١٦٠ - ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟
٦٨٠	١٦١ - إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم؟
٦٨٢	١٦٢ - الحمل هل يعطى حكم المعلوم أو المجهول؟
٦٨٤	١٦٣ - النادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه؟
٦٨٦	١٦٤ - القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟
٦٨٨	١٦٥ - المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟
٦٩١	فوائد : المسائل المفتى بها على القول القديم
٦٩٢	المذهب القديم
٦٩٣	مُضي الزمان
٦٩٥	الخاتمة

فهرس القواعد مرتبة أبجدياً

هذا فهرس لجميع القواعد التي وردت سابقاً بألفاظها المتعددة ،
ومرتبة أبجدياً ، مع بيان رقم القاعدة الأصلي المعنون به ، ثم الرقم
الفرعي ، وبيان موضعها بالصفحة .

الصفحة	الرقم	القاعدة
		حرف الألف:
٦٥٤	١٥٠	الإبراء إسقاط أم تملك
٥٧٤	١١٧	الإيثار في القرب مكروه
٣٥١	٥٧	الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد
٣٥١	٥٧	الاجتهاد لا ينقض بمثله
٤٩٩	٩٣	الأجر والضمان لا يجتمعان
٥٨٥	١٢١	إذا اجتمع أمران من جنس واحد ، ولهما مقصود واحد
٥٦٤	١١٤	إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام
٤٢٣	٥/٧٤	إذا اجتمع السبب والمباشرة ، أو الغرور والمباشرة
		إذا اجتمع في العبادة جانب الحضر والسفر غلب
٥٧١	١١٥	جانب الحضر
		إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى
٤٢٣	٧٤	المباشر
٤٦٥	٨٣	إذا بطل الأصل يصار إلى البدل
٦٨٠	١٦١	إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم

الصفحة	الرقم	القاعدة
٤٠٨	٦/٧٠	إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه
٢٢١	٩/٢٧	إذا تعارض المانع والمقتضي
٢٢١	٩/٢٧	إذا تعارض المقتضي والمانع
٢١٢	٦/٢٤	إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما
٤٦٨	٨٣	إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل
٣٣١	٣/٥	إذا تعذر إعمال الكلام يهمل
٣٢٩	٢/٥٠	إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز
٤٥٠	٧٩	إذا زال المانع عاد الممنوع
٤٠٢	٤/٦٨	إذا سقط الأصل سقط الفرع
٢٥٢	٢/٣١	إذا ضاق الأمر اتسع
٢٨٨	٢/٣٨	استعمال الناس حجة يجب العمل بها
٣٠١	٤٣	إشارة الأخرس كعبارة الناطق
٣٠١	٧/٤٣	الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان
٣٠١	٧/٤٣	الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان
٦٢٩	١٣٩	الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود
١٣٩	٥/٧	الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته
٧٠٩	٤/٦	الأصل براءة الذمة
١٢١	٣	الأصل بقاء ما كان على ما كان
١٨١	١٣/١٥	الأصل العدم
١٨٥	١٥/١٧	الأصل في الأبضاع التحريم

الصفحة	الرقم	القاعدة
١٨٢	١٤/١٦	الأصل في الأشياء الإباحة
١٨٢	١٤/١٦	الأصل في الأشياء التحريم
١٣٠	٣/٥	الأصل في الأمور العارضة العدم
١٣٠	٣/٥	الأصل في الصفات العارضة العدم
		الأصل في الصفات العارضة العدم ، وفي الصفات
١٣٠	٣/٥	الأصلية الوجود
٣٦٦	٦١	الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها
١٣٩	٥/٧	الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن
٣٢٦	١/٤٩	الأصل في الكلام الحقيقة
٢٦٢	٤/٣٤	الاضطرار لا يبطل حق الغير
٣٢٣	٤٨	إعمال الكلام أولى من إهماله
٥٣٧	١٠٥	الإقرار حجة قاصرة
٦٥٦	١٥١	الإقالة هل هي فسخ أم بيع؟
٢٥٢	١/٣١	الأمر إذا ضاق اتسع
٥٠٨	٩٥	الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل
٦٤	١	الأمر بمقاصدها
٢٩٠	٣/٣٩	إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت
٥٧٤	١١٧	الإيثار في القرب مكروه
		حرف الباء:
٤٦٣	٨٢	البقاء أسهل من الابتداء

الصفحة	الرقم	القاعدة
٥٤٢	١٠٦	البينة لإثبات خلاف الظاهر ، واليمين لإبقاء الأصل
٥٣٧	١٠٥	البينة حجة متعدية ، والإقرار حجة قاصرة
٥٤٥	١٠٧	البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر
حرف التاء:		
٣٤٩	٨/٥٦	التأسيس أولى من التأكيد
٣٤٩	٨/٥٦	التأسيس خير من التأكيد
٣٨٨	٦٤	التابع تابع
٤١٦	٧/٧١	التابع يسقط بسقوط المتبوع
٣٨٨	٦٤	التابع ينسحب عليه حكم المتبوع
٤١٨	٨/٧٢	التابع لا يتقدم على المتبوع
٣٩٤	٢/٦٦	التابع لا يفرد بالحكم
٤٧٤	٨٦	تبدل سبب الملك كتبدل الذات
٤٧٤	٨٦	تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات
٢٠٨	٤/٢٢	تحتمل أخف المفسدتين لدفع أعظمهما
٢٠١	٥/٢٣	
٢١٢	٦/٢٤	
٤٣٦	٧٦	تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة
٤٣٦	٧٦	التصرف على الرعية منوط بالمصلحة
٣٠٧	٩/٤٥	التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

الصفحة	الرقم	القاعدة
٦٧٧	١٥٩	تنزيل الاكتساب منزلة المال الحاضر حرف الثاء:
٥٣٥	١٠٤	الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان حرف الجيم:
٥٢٤	١٠٠	جناية العَجْماء جُبار
٤٨٩	٩٠	الجواز الشرعي ينافي الضمان
٦١١	١٣١	جواز ، ما لو لم يشرع لم يجز ، دليل على وجوبه حرف الحاء:
٢٦٤	٥/٣٥	الحاجة تنزل منزلة الضرورة
٢٦٤	٥/٣٥	الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة
٥٧٧	١١٨	الحدود تدرأ بالشبهات
٥٧٧	١١٨	الحدود تسقط بالشبهات
٥٨١	١١٩	الحر لا يدخل تحت اليد
٥٧٣	١١٦	الحرام لا يُحرَّم الحلال
٥٨٣	١٢٠	الحريم له حكم ما هو حريم له
٢٩٥	٥/٤١	الحقيقة تترك بدلالة العادة
١٨٢	١٤/١٦	الحلال ما دل الدليل على حله
١٨٢	١٤/١٦	الحلال ما لم يدل الدليل على تحريمه
٦٨٢	١٦٢	الحمل هل يعطى حكم المعلوم أو المجهول؟

الصفحة	الرقم	القاعدة
٦٥٢	١٤٩	الحوالة هل هي بيع أم استيفاء؟ حرف الخاء:
٤٢٠	٧٣	الخراج بالضمان
٥٩٠	١٢٣	الخروج من الخلاف مستحب
		حرف الدال:
٢١٨	٨/٢٦	درء المفاسد أولى من جلب المنافع
٥٨٨	١٢٢	الدفع أقوى من الرفع
٥٨٨	١٢٢	الدفع أقوى من الرفع غالباً
٥٣٠	١٠٣	دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه
٥٣٠	١٠٣	دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقام الظاهر
		حرف الذال:
٣٣٤	٤/٥٢	ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله
		حرف الراء:
٦٦١	١٥٣	الرجعة هل هي ابتداء نكاح أو استدامته؟
٥٩٣	١٢٤	الرخص لا تناط بالمعاصي
٥٩٥	١٢٥	الرخص لا تناط بالشك
٥٩٧	١٢٦	الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه

الصفحة	الرقم	القاعدة
		حرف الزال:
٦٧٠	١٥٧	الزائل العائد كالذي لم يزل أو لم يعد
		حرف السين:
٣٤٥	٧/٥٥	السؤال معاد في الجواب
٤٦٨	٨٤	الساقط لا يعود ، كما أن المعدوم لا يعود
١٥٥	٧/٩	السكوت في معرض الحاجة إلى إقرار بيان
		حرف الشين:
٦١٨	١٣٤	شغل المشغول لا يجوز ، بخلاف شغل الفارغ
		حرف الصاد:
		الصدّاق المعين في يد الزوج قبل القبض هل هو
٦٥٩	١٥٢	ضمان عقد أو يد؟
		الصلاة خلف المحدث المجهول الحال : جماعة أم
٦٤٣	١٤٥	انفراد
		حرف الضاد:
٢٠٨	٤/٢٢	الضرر الأشد يزال بالأخف
١٩٨	٢/٢٠	الضررُ المزال
١٩٦	١/١٩	الضرر يدفع بقدر الإمكان
١٩٨	٢/٢٠	الضرر يزال
٢٠٤	٣/٢١	الضرر لا يزال بالضرر

الصفحة	الرقم	القاعدة
٢٠٤	٣/٢١	الضرر لا يزال بمثله
٢٣٢	١١/٢٩	الضرر لا يكون قديماً
٢٥٢	٢/٣٢	الضرورات تبيح المحظورات
٢٥٨	٣/٣٣	الضرورات تقدر بقدرها
حرف الطاء:		
٦٧٤	١٥٨	الطارئ هل ينزل منزلة المقارن؟
٦٦١	١٥٣	الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أم لا؟
حرف الظاء:		
٦٦٤	١٥٤	الظهار هل المذهب فيه الطلاق أو اليمين؟
حرف العين:		
٢٧١	٣٦	العادة محكمة
٣٦٦	٦١	العبرة في التصرفات للمقاصد
٣٦٦	٦١	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني
٢٩٢	٤/٤٠	العبرة للغالب الشائع لا للنادر
٦٠٠	١٢٧	العمل المتعدي أفضل من القاصر
٦٥٠	١٤٨	العين المستعارة للرهن هل المذهب فيها الضمان أم العارية
حرف الغين:		
٤٩٤	٩١	الغنم بالغرم

الصفحة	الرقم	القاعدة
		حرف الفاء:
٦٠٦	١٢٩	الفرض أفضل من النفل
٦٦٨	١٥٦	فرض الكفاية هل له حكم فرض العين أو النفل؟
٦٦٦	١٥٥	فرض الكفاية هل يتعين بالشروع؟
٦٦٦	١٥٥	فرض الكفاية هل يلزم بالشروع؟
٦٠٩	١٣٠	الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من مكانها
٤٠٢	٦٨	الفرع يسقط إذا سقط الأصل
٤٠٢	٤/٦٨	الفرع يسقط بسقوط الأصل
		حرف القاف:
٦٨٦	١٦٤	القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن
٤٠٤	٥/٦٩	قد يثبت الفرع دون الأصل
٤٠٤	٥/٦٩	قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل
٢٣٢	١١/٢٩	القديم المخالف للشرع لا اعتبار له
٢٢٩	١٠/٢٨	القديم يترك على قدمه
		حرف الكاف:
٢٩٨	٦/٤٢	الكتاب كالخطاب
٢٥٢	١/٣١	كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده
		حرف اللام:
٤٥٥	٨٠	ليس للمظلوم أن يظلم غيره

الصفحة	الرقم	القاعدة
		حرف اللام ألف:
١٧٠	٩/١١	لا حجة مع الاحتمال
١٧٠	٩/١١	لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل
٥٤٧	١٠٨	لا حجة مع التناقض ، لكن لا يختل حكم الحاكم
١٨٧	١٨	لا ضرر ولا ضرار
١٧٣	١٠/١٢	لا عبرة بالظن البين خطؤه
١٦٥	٨/١٠	لا عبرة للتوهم
١٤٨	٦/٨	لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح
٤٤٣	٧٧	لا مساغ للاجتهاد في مورد النص
٤٧١	٨٥	لا يتم التبرع إلا بالقبض
٥١١	٩٦	لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي
٥٠٤	٩٤	لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه
		لا ينسب إلى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض
١٥٥	٧/٩	الحاجة بيان
١٥٥	٩	لا ينسب لساکت قول
٦٣٠	١٤٠	لا ينكر إلا ما أجمع على منعه
٣١١	١١/٤٧	لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان
٦٢٠	١٤٠	لا ينكر المختلف فيه ، وإنما ينكر المجمع عليه

الصفحة	الرقم	القاعدة
		حرف الميم:
٢٥٨	٣/٣٣	ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها
		ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما
٦١٤	١٣٢	بعمومه
١٢٧	٤	ما ثبت بزمان يحكم ببقائه
١٢٧	٢/٤	ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل
٦١٦	١٣٣	ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط
٢٥٨	٣٣	ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها
١١٩	١٢/١٤	ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين
٤٤٦	٧٨	ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس
٢٥٨	٣/٣٣	ما جاز لضرورة يتقدر بقدرها
٣٥٨	٥٨	ما جاز لعذر بطل بزواله
٣٦١	٥٩	ما حرم أخذه حرم إعطاؤه
٥٥٥	١٠٩	ما حرم استعماله حرم اتخاذه
٣٦١	٥٩	ما حرم على الآخذ أخذه حرم على المعطي إعطاؤه
٣٦٤	٦٠	ما حرم فعله حرم طلبه
٦٧٩	١٦٠	ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟
٦٠٢	١٢٨	ما كان أكثر فعلاً كان أكثر فضلاً
٦١١	١٣١	ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب
٦١١	١٣١	ما لا بد منه لا يترك إلا لما لا بد منه

الصفحة	الرقم	القاعدة
٦٣٦، ٣١٤	١٤٣، ٥٢	ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله
٦٨٨	١٦٥	المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟
٥١٩	٩٨	المباشر ضامن وإن لم يعتمد
٥٢١	٩٩	المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد
٦٠٠	١٢٧	المتعدي أفضل من القاصر
٦٧٤	١٥٨	المتوقع هل يجعل كالواقع؟
٥٩٥	١٢٤	المتولد من مآذون فيه لا أثر له
٥٢٨	١٠٢	المرء مؤاخذ بإقراره
٦٧٤	١٥٨	المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟
٣٠٤	٤٤	المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً
٢٣٥	٣٠	المشقة تجلب التيسير
٦١٨	١٣٤	المشغول لا يشغل
٣٣٧	٥/٥٣	المطلق يجري على إطلاقه
٣٠٩	١٠/٤٦	المعروف بين التجار كالمشروط بينهم
٣٠٤	٨/٤٤	المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
٤٨٧	٨٧	المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط
٦٢٦	١٣٨	مقاصد اللفظ على نية اللفظ
٦٢١	١٣٥	المكبر لا يكبر
٢٨٦	١/٣٧	الممتنع عادة كالممتنع حقيقة
٦٤٥	١٤٦	من أتى بما ينافي الفرض بطل فرضه ، وهل يبقى نفلاً؟

الصفحة	الرقم	القاعدة
٣٦٢	٦٢	من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه
٣٦٢	٦٢	من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه
١٧٩	٤/٢	من يتقن الفعل وشك في القليل
١٧٩	١٢/١٤	من يتقن الفعل وشك في القليل أو الكثير
٤٥٨	٨١	من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه
١٧٨	١١/١٣	من شك هل فعل شيئاً أو لا ، فالأصل أنه لم يفعله
٩٢	٣/٢	من شك هل فعل شيئاً أو لا ، فالأصل لا
١٧٨	١١/١٣	
٣٩٢	١/٦٥	من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته
٤٣٦	٧٦	منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم
٤٨٢	٨٨	المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة
٦٣٤	١٤٢	الميسور لا يسقط بالمعسور
		حرف النون:
٦٨٤	١٦٣	النادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه؟
٦٨٤	١٦٣	- النادر هل يلحق بالغالب؟
٦٨٤	١٦٣	- النادر هل يعتبر بنفسه أم يلحق بجنسه؟
٦٤٧	١٤٧	النذر هل يسلك به مسلك الواجب أو الجائز؟
٦٢٣	١٣٦	النفل أوسع من الفرض
٦٢٥	١٣٧	النية في اليمين تخصص العام ولا تعمم الخاص
٤٩٧	٩٢	النعمة بقدر النعمة ، والنقمة بقدر النعمة .

الصفحة	الرقم	القاعدة
		حرف الهاء:
١٨٢	١٤/١٦	هل الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على عدمه؟
٦٤١	١٤٤	هل الجمعة ظهر مقصورة أم صلاة على حيالها؟
٦٥٩	١٥٢	هل الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض ضمان عقد أو يد؟
٦٧٤	١٥٨	هل العبرة بالحال أو بالمآل؟
٣٦٦	٦١	هل العبرة بصيغ العقود؟
		حرف الواو:
٦١١	١٣١	الواجب لا يترك لسنة
٦١١	١٣١	الواجب لا يترك إلا لواجب
٣٤١	٦/٥٤	الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر
٤٢٨	٧٥	الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة
		حرف الياء:
٢١٦	٧/٢٥	يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام
٣٦٤	٦٠	يحرم طلب ما يحرم على المطلوب منه فعله
٢١٠	٥/٢٣	يختار أهون الشرين
٦٣٢	١٤١	يدخل القوي على الضعيف ولا عكس
٢٠٨	٤/٢٢	يدفع أعظم الضررين
٢١٠	٥/٢٣	

الصفحة	الرقم	القاعدة
٥١٥	٩٧	يضاف الفعل إلى الفاعل ، لا إلى الأمر ، ما لم يكن مجبراً
٥٦٢	١١٣	يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام
٣٨٣	٦٣	يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء
٣٩٨	٣/٦٧	يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع
٣٨٣	٢/٦٧	يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها
٥٦١ ، ٣٨٣	١١٢ ، ٦٧	يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل
٥٥٩ ، ٣٨٣	١١١ ، ٦٣	يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء
٣٨٣	٢/٦٧ ،	يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً
٥٥٩	١١١	
٥٥٩	١١١	يغتفر في العقود الضمنية ما لا يغتفر في الاستقلال
٥٥٧	١١٠	يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد
٥٢١	١٠١	يقبل قول المترجم مطلقاً
٩٢	٢	اليقين لا يرفع الشك
٩٢	٢/٢	اليقين لا يزال بالشك
٩٢	٢	اليقين لا يزول بالشك
٤٨٥	٨٩	يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان
٥٤٢	١٠٦	اليمين لإبقاء الأصل ، والبيئة لإثبات خلافه

فهرس أطراف الإأادث

الصفأة

طرف الأأث

أرف الألف

آفة المنافق ثلاث	٦٥٧
أأقوا الظلم ، فإن الظلم ظلمات يوم القيامة	٤٥٥
أأرك على أدر نصبك	٦٠٦
أأروا الأأود بالشبها	٥٧٧
إذا أأألف المأباعان ، والسلة قائمة ، أأالفا	١٣٦
إذا أأركم بأمر فأأوا منه ما أسأأأعم	٦٣٤ ، ٢١٨
إذا أأركم بشيء فأأوا منه . . . ، وإذا نهأكم	٦٣٤ ، ٢١٨
إذا أأع الإهاب فأأ أهر	٢٠٠هـ
إذا شك في صلاته . . . فلىأرأ الشك	٩٤
إذا وأأ أأكم في بطنه شأ . . . أأى أسمع صوأ	٩٣
أأأها صمأأها	١٥٨
إذا وأأ الرأل أأاه ، وفي نأه أن أفى له	٦٥٨
أأعمه أهلك (فى كفارة الإفأار فى رمضان)	٤٤٨
أأأر الأأأم والمأأم	٦٩٣
أأأ كأأ أبرهم وأصأهم	٦٢٦

٤٣٨	أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ بِمَنْزِلَةٍ وَالْيَ الْيَتِيمَ (عمر)
٤٥٥	أَنْصُرُ أَخَاكَ ظَالِمًا أَوْ مَظْلُومًا
٢٣٦	إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، إِنَّ دِينَ اللَّهِ يُسْرٌ
٦٢٦	إِنَّ فِي الْمَعَارِضِ لَمَنْدُوحَةً عَنِ الْكَذِبِ
٢٧٣هـ	إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ
١٨٣	إِنَّ اللَّهَ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تَضِيعُوهَا . . . ، وَسَكَتَ
٢٣٥	إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ . . .
٥١٤	إِنِّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ
٦٤ ، ٢٨	إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ
٥١٤	إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنِّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ
٢٣٥	إِنَّمَا بُعِثْتُ مُبَشِّرِينَ
٦٠١	أَيُّ الْعَمَلِ أَفْضَلُ؟ إِيْمَانٌ . . . جِهَادٌ . . . حُجٌّ
٢٠	أَيُّهَا إِيْهَابُ دُبْعَ فَقَدْ طَهَّرَ

حرف الباء

٢٣٥	بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ
١٣٥	الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ

حرف الحاء

٦٨٧	الْحِجْرُ مِنَ الْبَيْتِ
٥٧٣	الْحَرَامُ لَا يُحَرِّمُ الْحَلَالَ

الحلالُ بَيْنَ ، والحرامُ بَيْنَ ٥٨٣ ، ٢٩
الحلال ما أحل الله في كتابه . . . ، وما سكت عنه ١٨٣

حرف الخاء

الخُراجُ بالضَّمان ٤٢٠ ، ٢٩
خَيْرُ أَعْمَالِكُمُ الصَّلَاةُ ٦٠١
خَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ صَاحِبَهُ بِالسَّلَامِ ٦٠٧

حرف الدال

الدِّينُ النَّصِيحَةُ ٢٨

حرف الراء

رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ ٢٣٥

حرف السين

السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَا وَلِيَّ لَهُ ٤٢٠

حرف الشين

الشَّهْرُ هَكَذَا ، وَهَكَذَا ، وَهَكَذَا ٣٠١

حرف الصاد

صُومُوا لِرُؤْيَيْهِ ٢٨٠

حرف العين

- على اليد ما أخذت حتى تؤديه ٥١١
العجماء جرحها جبار ٥٢٤

حرف الكاف

- كلُّ عملٍ ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ ٢٩

حرف اللام

- لا تبِعْ ما ليسَ عندك ٤٤٨
لا تتمُّ الصدقةُ إلا بالقبض (أثر) ٤٧١
لا تجوزُ الهبةُ إلا مقبوضةً ٤٧١
لا تزرموه (لمن بال في المسجد) ٢١٤
لا تشبهوا الوترَ بالمغرب ٥٩٢
لا تنكحُ البكرُ حتى تُستأذنَ ، وإذنها صُماتها ١٥٨
لا ضررَ ولا ضرارَ ١٨٧ ، ٣٠
لا طاعةَ لمخلوقٍ في معصيةِ الخالق ٥١٥ ، ٤٣٧
لا وصيةَ لوارثٍ ٢٧٣
لا يحلُ مالُ امرئٍ إلا بطيب نفسه ٥١١
لا يزالُ قومٌ يتأخرون حتى يؤخرهم الله تعالى ٥٧٤
لا ينصرف حتى يسمعَ صوتاً أو يجدَ ريحاً ٩٤
لك صدقة ، ولنا هدية ٤٧٤

لو يُعْطَى الناس بدَعْوَاهم . . . ، ولكن اليمين على

المدعى عليه ١٣٥ ، ٥٤٥

حرف الميم

ما أحلَّ اللهُ فهو حلال . . . ، وما سكت عنه فهو عفو ١٨٢

ما اجتمع الحلالُ والحرامُ إلا غلب الحرام ٥٦٤

ما تقربَّ إليَّ المتقربون ٦٠٦

ما خيَّرَ رسولُ الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرَهُما ٢٣٦

ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ ٢٧١

ما سكتَ عنه فهو عفوٌ ١٨٢

ما من أميرٍ يلي أمورَ المسلمين ، ثم لم يجهد لهم

وينصح لهم ٤٣٧

ما من عبدٍ يسترعيه الله . . . ، يموت وهو غاش رعيته ٤٣٧

ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به ٢١٨

المؤمنون عند شروطهم ٢٨ ، ٤٨٠

المسلم أخو المسلم ٦٢٦

المسلمون على شروطهم ٢٨ ، ٤٨٠

مَقَاطِعُ الْحَقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ (عمر) (البخاري ١٣٨/٦)

كتاب النكاح رقم ٢٢ تصوير دار الكتب العلمية .

- من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو ردٌ ٢٩
- مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَ اللَّهَ عَثْرَتَهُ ٦٥٧
- من أَحْيَى أرضاً مَيِّتَةً فهي له
- من استعملَ رَجُلًا من عصابة ، وفيهم من هو أرضى لله منه ٤٣٧
- من أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ في كيل معلوم ٤٤٨
- من تقَرَّبَ فيه بخصلةٍ من خصالِ الخير ٦٠٦
- من شهد له خُزَيْمَةٌ فهو حَسْبُهُ ٤٤٧
- من عَادَى لي ولياً فقد آذنتُ بالحرب ٦٠٦
- من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردٌ ٢٩
- من كتب عني غير القرآن فليمحه ٥
- من يُرِدِ اللَّهَ به خَيْرًا يُفَقِّهْهُ في الدِّينِ ٣١٨

حرف النون

- نَهَى عن التقاط ضالة الإبل ٣١٧
- نَهَى عن رِنَحٍ ما لم يُضْمَن ٤٢٠
- نَهَى عن سَلَفٍ وبيع ٤٢٠ هـ

حرف الهاء

- هو عليها صَدَقَةٌ ، ولنا هدية ٤٧٤

حرف الياء

- اليَمِينُ على نِيَّةِ المُسْتَحِلِفِ ٦٢٦

فهرس الموضوعات إجمالاً

٥	تقديم :
	الباب التمهيدي :
١٣	تعريف القواعد الفقهية وفوائدها وأهم كتبها .
	الباب الأول :
٦١	القواعد الفقهية الأساسية وما يتفرع عنها .
	الباب الثاني :
٣٢١	القواعد الكلية في المذهبين الحنفي والشافعي
	الباب الثالث :
٤٤١	القواعد الكلية في المذهب الحنفي
	الباب الرابع :
٥٥٣	القواعد الكلية في المذهب الشافعي
	الباب الخامس :
٦٣٩	القواعد المختلف فيها في فروع المذهب الشافعي
	فائدة :
٦٩١	المسائل المفتى بها على القول القديم للشافعي
٦٩٥	الخاتمة
٦٩٧	فهرس المصادر والمراجع
٧٠٧	فهرس القواعد بحسب ورودها
٧٢٠	فهرس القواعد ، بألفاظها المتعددة ، مرتبة أبجدياً
٦٣٥	فهرس أطراف الأحاديث
٧٤١	فهرس الموضوعات إجمالاً

ادارة مطبعة الجامعة